

VI

LOS SISTEMAS JURÍDICOS COMO SISTEMA DE NORMAS

SUMARIO: 1. *Normas imperativas.* 2. *Norma fundamental y justificación dinámica.* 3. *La estructura de un sistema y la individuación de sus disposiciones jurídicas.* a) *Requerimientos limitantes.* b) *Requerimientos guía.* 4. *Disposiciones que imponen deberes* 5. *Disposiciones jurídicas que confieren facultades.* a) *Nota sobre las disposiciones jurídicas de obediencia.*

Hasta aquí este estudio se ha ocupado, casi exclusivamente, de dos objetivos: Esclarecimiento y explicación de los principales problemas de la teoría de los sistemas jurídicos y la exposición crítica de algunos importantes intentos hechos por teóricos anteriores para resolver estos problemas. Parece que el estudio de los sistemas jurídicos se encuentra aún en su infancia, porque la naturaleza de los problemas implicados en él no han sido completamente entendidos ni su importancia claramente evaluada. Por esta razón, nuestro estudio, hasta este momento, ha sido ampliamente dirigido a la exposición y crítica; pero, desde este capítulo en adelante, su principal preocupación será sugerir enfoques nuevos y más promisorios. Esto, sin embargo, es únicamente un cambio de énfasis, toda vez que las sugerencias constructivas suponen la referencia a las teorías previas. Estas sugerencias son, en gran medida, presentadas como modificaciones y (se espera) mejoras a la teoría imperativa de las normas que se encuentra en la obra de Kelsen. Estas modificaciones utilizan algunas de las ideas que se encuentran en otros autores, incluyendo a Bentham y a Hart.

Por ello, en el primer inciso de este capítulo intentaremos extraer de la obra de Kelsen una teoría imperativa de normas coherente y, en el segundo inciso, desenredarla de los elementos de su teoría que hemos considerado insatisfactorios y, en realidad, innecesarios; en particular de su doctrina de una norma fundamental no positiva. En la tercera sección estableceremos requerimientos generales que todo conjunto de principios adecuados de individuación tiene que satisfacer, como estudio preliminar

de una explicación, en los incisos 4 y 5, de los dos tipos de disposiciones jurídicas más importantes y otras modificaciones en la teoría imperativa de normas, necesarias para permitir su reconocimiento como tipos distintos de normas jurídicas. En el próximo capítulo se explicarán varios tipos de disposiciones jurídicas que no son normas.

En nuestra exposición será hecho claro que la naturaleza de cada tipo de disposición jurídica puede ser entendido únicamente entendiendo las relaciones internas de las disposiciones jurídicas de cada tipo con otras disposiciones jurídicas. La preocupación general de este capítulo, y también del próximo, es por tanto, el problema de la estructura de los sistemas jurídicos. El capítulo VIII trata el problema de la identidad y en el capítulo IX se hacen algunas observaciones con respecto a los criterios de existencia de un sistema jurídico.

1. *Normas imperativas*

En la exposición del concepto de norma en Kelsen vamos a ignorar su teoría de que las normas jurídicas son fundamentalmente permisiones. Las disposiciones jurídicas, por tanto, son consideradas como imponiendo directamente deberes sobre los súbditos para realizar los actos jurídicos, *i. e.* los actos normativos de las normas jurídicas y no, como Kelsen las considera, como otorgando, directamente permisiones e imponiendo, sólo indirectamente, deberes.

“El significado específico de una norma se expresa por el concepto de ‘deber ser’. Una norma implica que un individuo debe de comportarse de cierta manera”.¹ Pero el ‘debe ser’, dice Kelsen, no puede ser completamente explicado,² lo cual parece significar que este concepto de normas no puede ser completamente explicado. De hecho, Kelsen realmente proporciona una explicación completa de su concepto de norma. Esa explicación, sin embargo, tiene que ser ensamblada a partir de pasajes muy

¹ Kelsen, Hans “Value judgements in the Science of Law” en *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, *cit.*, p. 210. (Aparecido originalmente en *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence* Vol. VII, núm. 4, julio 1942, pp. 312-333. Existe versión española de Guillermo García Máynez: “Los juicios de valor en la ciencia del derecho” en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, *cit.*, pp. 241-265, *vid.* p. 242. NT.)

² *Cfr. The Pure Theory of Law*, *cit.*, p. 5. (*Cfr. Reine Rechtslehre*, *cit.*, p. 5; *Teoría pura del derecho*, *cit.*, p. 19. NT.)

diferentes y a veces contradictorios.³ La presente interpretación es un intento por llegar a un entendimiento coherente de las ideas fundamentales que subyacen la concepción de norma en Kelsen y de la naturaleza de algunos de los problemas de los que él estaba preocupado.

Las ideas de Kelsen sobre la naturaleza de las normas pueden ser divididos en dos grupos: el primer grupo explica la naturaleza de las normas como *guiando y justificando comportamiento*. El segundo grupo se ocupa de la naturaleza de las normas como *estándares justificados de comportamiento*. El primer grupo explica en qué sentido, todas las normas son, para Kelsen, imperativos y se analiza en este inciso. El concepto de norma fundamental es el concepto central en el segundo grupo, concepto que es explicado en el siguiente inciso.

Cuatro ideas principales participan en el concepto kelseniano de norma como imperativo: Las normas son (1) estándares de evaluación (2) que guían el comportamiento humano, (3) respaldadas por razones estándares para el cumplimiento en la forma de la perspectiva de algún mal derivado de la desobediencia, y (4) creados por actos humanos que intentan crear normas; *i. e.* estándares de conducta, que guían comportamiento y están respaldadas por la perspectiva de algún mal que se sigue de la desobediencia, como motivación estándar.

En primer lugar, las normas son *estándares de evaluación*:

Lo que convierte a este evento en un acto ilícito o lícito no es su existencia física, sino el significado objetivo que resulta de su interpretación. El significado jurídico específico de este acto se deriva de una 'norma' cuyo contenido se refiere al acto; ... La norma funciona como esquema de interpretación.⁴

Las normas hacen posible la interpretación normativa o la evaluación de la conducta:

El juicio de que una conducta efectiva es tal como debe ser, de conformidad con una norma objetivamente válida, es un juicio de valor —un juicio de valor positivo—. Significa que la conducta efectiva es

³ Me parece que la mayoría de los conflictos entre varios enunciados no pueden ser explicados como una evolución de las ideas de Kelsen, a través de los años, sino que oscilaba entre una posición a otra.

⁴ Kelsen, Hans. *The Pure Theory of Law*, pp. 3-4. (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 5; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 17. NT.)

'buena'. El juicio de que una conducta efectiva es la opuesta de la conducta que se conforma a la norma es un juicio de valor negativo. Significa que la conducta efectiva es 'mala' o 'perniciosa'.⁵

Si la norma es una norma jurídica la conducta es juzgada ya sea jurídica o antijurídica, lícita o ilícita.

La frase: 'el alcance inmediato de una norma (o de una disposición jurídica)' puede ser definida como sigue: un acto individual, puede decirse, se encontrará dentro del alcance inmediato de una norma si, y sólo si es realizado por un sujeto normativo en circunstancias que son una instancia de la realización de las condiciones de la norma y si es una instancia del acto genérico que es el acto normativo o una instancia de la omisión de tal acto. Una norma sirve como un estándar directo de evaluación de actos únicamente dentro de su alcance inmediato.⁶ Un acto individual que pertenece al alcance inmediato de una norma tiene un valor positivo (*i. e.* es recomendable, bueno, jurídico, etcétera) si es una instancia del acto debido; de otra manera, tiene un valor negativo.

Evaluar comportamiento de conformidad con estándares establecidos por normas jurídicas es una parte esencial de la función de los jueces y de otros funcionarios que se ocupan profesionalmente de tratar a las personas de conformidad con su conducta evaluada según el derecho. Igual-

⁵ Kelsen, Hans *The Pure Theory of Law*, cit., p. 17. (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 17; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 30. NT.) Sobre la doctrina de los valores en Kelsen, véase también: *The Pure Theory of Law*, cit., pp. 17-23; *Théorie pure du droit*, cit., pp. 79-80 y 107-110, n 1, "The Idea of Justice in The Holy Scriptures" en *What is Justice? Justice, Law, and Politics in The Mirror of Science*, cit., pp. 35 y ss. (Originalmente apareció en la *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 22, 1952-1953, pp. 1-63. NT); "The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science", en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, cit., pp. 139 y ss. (originalmente publicado en *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949. pp. 41-48. NT); así como la *General Theory of Law and State*, cit., pp. 47-49 donde Kelsen introduce el concepto de estándar de evaluación. (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 16-24; *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 30-37; *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 60-61, n y pp. 81-83 n; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 71 n 46 y pp. 92-93 n 65 [Joseph Raz cita la versión francesa porque la versión inglesa omitió las notas]. No tengo conocimiento de versiones españolas de "The Idea of Justice in The Holy Scriptures" ni de "The Natural-Law Doctrine Before The Tribunal of Science". Cfr. *Teoría General del derecho y del Estado*, cit., pp. 55-58. NT.) Kelsen, por supuesto, está en un error al pensar que los actos tienen un valor únicamente como consecuencia de su conformidad con normas.

⁶ Hay varias formas de definir alcance (*range*) total de una norma. Puede, por ejemplo, ser definida como comprendiendo todos los actos cuya realización implican lógicamente la realización de los actos del alcance inmediato. Una norma sirve como un estándar indirecto de evaluación de todos los actos que pertenezcan al alcance (*range*) total de una norma. Puede, por ejemplo, ser definida como comprendiendo

mente, es una actividad en la cual la gente común se espera que, en ocasiones, esté involucrada, aun sea únicamente para juzgar su conducta pasada o planeada de conformidad con el derecho.

En segundo lugar, las normas son *principios que guían comportamiento* y, de acuerdo con Kelsen, guían el comportamiento prescribiendo un específico curso de acción: "Las leyes de la naturaleza formuladas por la ciencia natural *tienen* que conformarse con los hechos, pero los hechos de acción u omisión humanos *deben* de conformarse con las normas jurídicas descritas por la ciencia del derecho."⁷

Que una norma *N* imponga un deber en *x* para hacer *A*, en *C*, significa que a *x* se le requiere que haga *A* en *C* o bien que hacer *A* en *C* le es prescrito a *x*.

Toda guía del comportamiento es, también, un estándar para la evaluación —los actos individuales pueden ser evaluados de conformidad con si son o no la conducta prescrita—. Por otro lado, no todo estándar de evaluación es una guía para el comportamiento, por ejemplo, es posible evaluar estados de cosas que no son ni acciones ni consecuencias de actos. Para que un estándar de evaluación sea una guía, es necesario (1) que el estándar deba relacionarse con la conducta humana y (2) que la existencia del estándar, o (lo que equivale a lo mismo) los hechos que dan lugar a su existencia, sean realmente razones para que las personas, cuya conducta el estándar evalúa, escoja realizar un acto que tiene cierto valor más que otro acto.

Esto, me parece, es la última razón para el principio filosófico de que el 'debe ser' implica tanto 'poder' ('*can*') y 'poder abstenerse', al cual Kelsen se adhiere:

...Una norma que prescribiera que algo debe ser hecho lo cual todo mundo sabe de antemano que tiene que ocurrir, necesariamente, de conformidad con las leyes de la naturaleza siempre y en todo lugar, sería un sin sentido; como la norma que prescribiera que algo debe ser hecho lo cual se sabe de antemano que es imposible de conformidad a las leyes de la naturaleza.⁸

todos los actos cuya realización impliquen lógicamente la realización de los actos del alcance inmediato. Una norma sirve como un estándar indirecto de evaluación de todos los actos que pertenezcan a su alcance total. El método de evaluación es, sin embargo, más complicado, y no será analizado aquí.

⁷ *The Pure Theory of Law*, cit., p. 11 (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 11; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 24. NT).

⁸ *The Pure Theory of Law*, cit., p. 11 (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 11; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 24. NT.)

Tanto esta transcripción de Kelsen, así como la condición necesaria más estricta que sugerí anteriormente, dejan muchas cuestiones sin contestar. Algunas son problemas filosóficos generales —¿Qué significa posibilidad de actuar y qué posibilidad de decidir?— ¿Necesita todo sujeto normativo poder actuar y escoger en cada ocasión que la norma se aplica? Algunas cuestiones tienen particular relevancia para el derecho: ¿Cómo deben entenderse las disposiciones jurídicas retroactivas? ¿Cómo debe ser interpretada la responsabilidad estricta? Como la explicación de cada una de estas cuestiones supondría un desvío extenso, ninguna de ellas será analizada aquí.⁹

En tercer lugar, las normas son creadas por actos de voluntad a lo que Kelsen llama la significación subjetiva del 'debe ser'. El significado de esta doctrina ha sido completamente analizado en el inciso 3 del capítulo III. Esto implica que la existencia de una norma N , en el sentido de que x debe hacer A en C , implica que alguna persona expresó su deseo de que x debe hacer A en C o que (siempre que uno se mueva en un contexto institucionalizado) alguna persona manifestó su deseo de que una norma N debe ser creada. Esa descripción de la forma por la cual las normas son creadas han sido criticadas anteriormente (inciso 3, capítulo III).

En cuarto lugar, las normas están 'respaldadas' por sanciones. Puede ser argumentado que para que un estándar de evaluación exista tiene que ser substanciado, *i. e.* tiene que haber alguna razón estándar¹⁰ para que algunas personas apliquen el estándar. De cualquier modo, es claro que las guías del comportamiento existen únicamente si están acompañados por una razón estándar para seguirlas. Esto es claramente reconocido por Kelsen quien estipula que las guías del comportamiento son substanciadas por alguna razón estándar (no siempre suficientes y no siempre consideradas) para preferir la conducta prescrita a otras alternativas.¹¹

⁹ Sobre las ideas de Kelsen respecto las disposiciones jurídicas retroactivas, véase: *The Pure Theory of Law*, *cit.*, p. 13; *Teoría pura del derecho*, *cit.*, pp. 26-27. NT. Tal y como resulta claro en el próximo capítulo, no considero que toda disposición jurídica tenga que ser una norma. Puedo admitir, por tanto que las disposiciones jurídicas retroactivas no son (o no completamente) normas y, sin embargo, mantener que son disposiciones jurídicas. El principio de individuación sugerido más abajo tiene, sin embargo, que ser modificado para dar cuenta de las disposiciones jurídicas retroactivas, etcétera.

¹⁰ Por una razón estándar para hacer un acto en ciertas circunstancias quiero significar una razón para hacer dicho acto la cual está presente siempre que las circunstancias existan.

¹¹ Esta razón estándar para el cumplimiento es una razón estándar para otros individuos distintos a los sujetos normativos para tomar en cuenta a la norma al evaluar el comportamiento de los sujetos normativos.

Todo esto es presupuesto por Kelsen cuando dice que tipos de órdenes sociales “están caracterizados por la específica motivación a la que recurre el orden social para inducir a los individuos a comportarse como es deseado”.¹²

Hay, de acuerdo con Kelsen, tres tipos de razones estándar: (1) una ventaja estipulada por la misma norma o por una u otra que habrá de seguir de la conformidad con la norma en cuestión; (2) una desventaja estipulada por la misma norma o por una u otra que seguirá el acto que viole la prescripción de la norma en cuestión; (3) el llamado directo del acto prescrito por la norma.¹³

Kelsen considera las razones del segundo tipo como las razones estándar a las cuales recurre el derecho. Kelsen, además, insiste en (1) que una norma es una norma jurídica únicamente si la desventaja que existe por su violación está estipulada por una norma jurídica y (2) que la desventaja está estipulada por la misma norma para cuya obediencia es una razón estándar.

Debe recordarse que al decir que una desventaja es una razón estándar no significa que el autor de la norma intenta o desea que los sujetos normativos obedezcan la norma por dicha razón o que ellos usualmente lo hagan o que ellos estén justificados cuando lo hagan. Todo lo que significa es que la desventaja es una razón para conformarse a la norma.

Debe observarse, también, que la razón estándar para una norma jurídica consiste en la combinación de dos cosas: (1) una sanción estipulada por una norma jurídica; (2) el hecho de que el sistema jurídico en su totalidad sea eficaz.¹⁴ Estos hechos confieren cierta probabilidad de que una desventaja será sufrida por el sujeto normativo si viola la norma y esta probabilidad de desventaja es la razón estándar. Ciertamente, al agregar otros hechos y calcular la probabilidad sobre una base más amplia, puede disminuir sustancialmente para la mayoría de los casos o para ciertos casos en particular. Pero esto está más allá del argumento. Lo que cuenta es la probabilidad basada únicamente en la estipulación de

¹² *General Theory of Law and State, cit.*, p. 15 (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado, cit.*, p. 17. NT).

¹³ Cfr. *General Theory of Law and State, cit.*, p. 15 (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado, cit.*, pp. 17-18. NT). Dada una teoría de valores más amplia que la de Kelsen, uno puede agregar el valor del acto prescrito cuando es hecho por el sujeto normativo en las circunstancias específicas. Hay otros tipos de razones estándares; algunas —como la autoridad personal del autor de la norma— son directamente admitidas por Kelsen en otro lugar.

¹⁴ Según Kelsen, hay también el hecho de que la norma que estipula la sanción no es totalmente ineficaz.

la sanción y de la existencia y, por tanto, de la eficacia general del sistema jurídico.

Éstos son los cuatro puntos que conjuntamente explican la primera parte del concepto de Kelsen de una norma en general y de una norma jurídica en particular. Los dos primeros, en sí mismos, no explican mucho. Señalan ciertas conexiones entre ciertos grupos de lo que es conocido por la frase convenientemente vaga: 'términos normativos'. Esto es útil, pero la vaguedad de la clarificación dada deja mucho por explicar. Los dos últimos puntos, sin embargo, deben ser entendidos como explicaciones parciales de los dos primeros. Es así también como el propio Kelsen los considera. De esta manera, cuando confronta acusaciones tales como la sugerencia de Alf Ross que "la idea de una verdadera norma o demanda es un asunto lógico, la falacia está implicada en todo absolutismo ético".¹⁵ Kelsen dice:

La tentativa del positivismo lógico de presentar a la ética como una ciencia de hechos empíricos resulta manifiestamente de la tendencia, perfectamente legítima, en sí misma, a excluirla del dominio de la especulación metafísica. Pero ella satisface esta tendencia si se reconoce que las normas que forman el objeto de la ética son las significaciones de hechos empíricos puestos por hombres en el mundo de la realidad.¹⁶

Aquí recurre en efecto al tercer punto, el de que las normas son creadas por ciertos actos de voluntad, para explicar el sentido no metafísico por el cual, se puede decir, constituyen demandas estándares de evaluación.

Los últimos dos puntos delimitan el contexto fáctico en el cual, de conformidad con la teoría de Kelsen, se justifica hablar sobre normas, estándares de evaluación y guías de comportamiento. Hablar del tipo de hechos que tienen que darse si algún enunciado sobre normas existentes ha de ser verdadero y la relación entre el enunciado sobre normas y otras partes del lenguaje normativo constituyen la esencia de la explicación del concepto de norma.¹⁷

¹⁵ Cfr. Ross, Alf. "Kelsen's *What is Justice?*" (reseña) en *California Law Review*, vol. 45, pp. 564 y 568. (Existe versión española debida a Genaro Carrió: "Nota al libro de Kelsen ¿Qué es la Justicia?" en Ross, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, pp. 33-46. NT).

¹⁶ *Théorie pure du droit*, cit., p. 80, nota que comienza en la p. 79. (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 60-61 n; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 71, n 46. NT).

¹⁷ Cfr. la sugerencia de H. L. A. Hart de que el término 'derecho subjetivo' es explicado una vez que las condiciones de verdad de enunciados de la forma: 'X tiene un derecho' son dados, y afirma que enunciados de esta forma son usados para inferir conclusiones de derecho en casos particulares. Explicaciones similares, sostiene Hart, pueden ser dados a otros términos jurídicos problemáticos (Cfr. *Definition*

Las estipulaciones de Kelsen en relación con la creación de normas ha sido criticado en detalle (inciso 3, capítulo III) y no será discutido más. Los otros puntos mencionados en este inciso serán examinados de manera más completa posteriormente en este capítulo. Aunque procederemos ahora a analizar el segundo grupo de ideas de Kelsen sobre la naturaleza de las normas, incluyendo la idea de la norma fundamental no positiva, parece que el último no es requerido para un adecuado análisis de las normas.

2. Norma fundamental y justificación dinámica

De conformidad con el concepto de norma tal y como ha sido explicado en el inciso anterior, las órdenes respaldadas por amenazas son normas. Ellas guían el comportamiento de las personas a las cuales la orden se dirige; son estándares en virtud de los cuales la conducta puede ser evaluada; son creadas por seres humanos con la intención de influenciar la conducta de las otras personas y se encuentran respaldadas por razones estándares, a saber, evitar la sanción amenazada.

Las órdenes pueden ser distinguidas de las disposiciones jurídicas sobre otros fundamentos, pero son normativas en el mismo sentido que lo son las disposiciones jurídicas, esto es, toda vez que los cuatro puntos elaborados en el inciso anterior, constituyen una explicación satisfactoria de una norma. Dos diferencias entre disposiciones jurídicas y órdenes podrían ser mencionadas aquí: Primeramente, existen amplias oportunidades y razones para referirse al contenido de las disposiciones jurídicas sin referirse a las circunstancias de su creación. De esta manera, un jurista frecuentemente tiene una razón para referirse a varias disposiciones jurídicas relacionadas con los contratos y discutir su significado y relación en los asuntos de su cliente y en tales discusiones las circunstancias por las cuales las disposiciones jurídicas fueron creadas son, frecuentemente (aunque, por supuesto, no siempre), completamente sin importancia. Por otro lado, es característico de las órdenes que sean usualmente discutidas en referencia al contexto efectivo en el cual fueron dadas. Mientras que saber que toda persona tiene, bajo ciertas circunstancias, que pagar una cierta cuota de impuesto sobre la renta, para muchos propósitos es toda la información requerida; saber que Smith y su familia ordenaron dar 20 libras

and Theory in Jurisprudence. An Inaugural Lecture, Oxford, Oxford University Press, 1959, pp. 14-17. (Existe versión española debida a Genaro Carrió: "Definición y teoría en la ciencia jurídica", en Hart, H. L. A. *Derecho y moral. Contribuciones a sus análisis*, cit., pp. 93-138, NT).

a Brown es usualmente una pieza incompleta de información y uno necesita saber, también, quien dio la orden, cuando y en que circunstancias fue dada, si la información tiene que ser relevante y útil para los propósitos usuales supuestos.

El hecho de que existan muchas ocasiones y razones para referirse a las disposiciones jurídicas haciendo abstracción de las circunstancias de su creación es la justificación para considerar a las disposiciones jurídicas como entidades abstractas. No existe ningún caso general similar para considerar a las órdenes como entidades abstractas en el mismo sentido.¹⁸

Uno debe complementar, sobre la fuerza de este argumento, los cuatro puntos señalados en el inciso anterior, estipulando que entidades incesarias no deben ser permitidas. Las órdenes, por tanto, no son normas; mientras que las disposiciones jurídicas son normas.

Hay una segunda distinción entre órdenes y disposiciones jurídicas la cual debe ser mencionada. Toda disposición jurídica pertenece a un sistema normativo puesto que toda disposición jurídica pertenece a un sistema jurídico. Las órdenes algunas veces pertenecen y algunas otras no pertene-

¹⁸ Cuando menos dos conceptos de orden como entidad abstracta deben ser distinguidos. Ellos difieren en que, de acuerdo con uno, la identidad del contenido es tanto necesario como suficiente para la identidad, mientras que de conformidad con el segundo concepto, es una condición necesaria pero no suficiente para la identidad de las órdenes. Si *a* y *b*, independientes la una de la otra, ordenan a *c* hacer *A* en *C*, entonces, de conformidad con el primer concepto ambas dan la misma orden; mientras que, de conformidad con el segundo concepto, dan diferentes órdenes con el mismo contenido. El primer concepto, puede decirse, representa a las órdenes como entidades lingüísticas, puesto que en este sentido las órdenes pueden ser identificadas con el significado de ciertas oraciones imperativas de contexto libre. No deseo discutir la necesidad de considerar a las órdenes como entidades lingüísticas.

Las disposiciones jurídicas, y las normas en general, son entidades del segundo tipo, *i. e.* la identidad del contenido es necesario, pero no suficiente para establecer la identidad de dos disposiciones jurídicas. Inglaterra y Estados Unidos pueden tener dos disposiciones jurídicas idénticas en contenido, las cuales, sin embargo, son dos disposiciones jurídicas distintas precisamente porque pertenecen a dos diferentes sistemas jurídicos. De la misma manera, el Parlamento inglés puede crear una disposición jurídica que tiene el mismo contenido que tuvo una disposición jurídica que una vez fue válida en Inglaterra. Sin embargo, el Parlamento no re-legisla la misma disposición jurídica, sino una disposición jurídica diferente con el mismo contenido. (Esto no quiere decir que las diferencias en las circunstancias de la creación implique siempre diferencias en identidad. ¿Qué debe decirse cuando el Parlamento meramente prolonga el periodo durante el cual una disposición jurídica está en vigor y cómo debe uno interpretar un caso en que el Parlamento re-legisla una disposición jurídica que de cualquier forma es válida? Estos problemas requieren de una investigación más profunda dentro de la lógica de las normas de la que es posible hacer aquí).

Lo que se ha discutido anteriormente es la necesidad de este segundo concepto no lingüístico de orden.

cen a sistemas normativos.¹⁹ Esto significa que toda norma jurídica pertenece a un grupo de normas jurídicas interrelacionadas en ciertas formas, mientras que las órdenes no siempre pertenecen a tal estructura. Como ha sido explicado en el capítulo anterior, Kelsen trata de usar su concepto de norma fundamental para explicar esta interrelación sistemática de las normas jurídicas. El hecho de que las órdenes no siempre se encuentran interrelacionadas de una forma similar es una razón por la que Kelsen piensa que el concepto de norma fundamental (u orden fundamental) no es necesaria para el análisis de las órdenes en tanto tales.²⁰ Es obvio, sin embargo, que Kelsen tiene también otras razones para emplear su concepto de norma fundamental en el análisis de las normas y no emplearlo en el análisis de las órdenes.

De acuerdo con la teoría de Kelsen, las órdenes son hechas por actos apropiados de personas en una adecuada posición (*e. g.* una posición de fuerza o de autoridad personal). Las normas jurídicas, por otro lado, son creadas como consecuencia de una combinación de actos humanos y de otras normas jurídicas: para Kelsen ninguna norma puede ser creada por actos humanos únicamente. La existencia de toda norma positiva presupone la existencia de una u otra norma autorizando su creación. Kelsen piensa que un regreso infinito es evitado, y sólo puede ser evitado, presuponiendo la existencia de una norma fundamental para cada orden normativo la cual no ha sido creada en absoluto, puesto que es una norma necesaria. Como la ocurrencia de una u otra orden (o la existencia de una u otra norma) no es una condición necesaria para la ocurrencia de una orden, el concepto de norma fundamental (o de orden fundamental) no tiene lugar en el análisis de órdenes.

Podría pensarse que la doctrina de Kelsen de que la creación de toda norma presupone otra norma es una mera manifestación de las relaciones sistemáticas entre normas. De hecho, Kelsen insiste sobre esta doctrina también por otras razones, razones que son de la más grande importancia para su teoría de normas. Kelsen considera la doctrina como una consecuencia necesaria del principio fundamental de que 'nadie puede afirmar

¹⁹ Las órdenes que efectivamente pertenecen a sistemas normativos, son consideradas como normas y son tratadas como parte del sistema normativo. Los órdenes jurídicos, por ejemplo, son analizados en la teoría del derecho. Quizás pueda argumentarse que no puede haber ningún sistema normativo que consista únicamente de órdenes.

²⁰ Las órdenes jurídicas y otras órdenes que pertenecen a sistemas normativos son analizados completa y únicamente con referencia a la norma fundamental del sistema al cual pertenecen.

que del enunciado de que algo es, se siga un enunciado de que algo debe ser, o viceversa'.²¹ De esto Kelsen concluye que los actos no pueden, por sí mismos, crear normas:

... La validez objetiva de una norma, la cual constituye la significación subjetiva de un acto de voluntad de que los hombres deben de comportarse de cierta manera, no se sigue del acto fáctico, es decir, de un *ser*, sino, nuevamente, de una norma que autoriza ese acto, es decir, de un *deber ser*.²²

El hecho de que Kelsen no aplique este argumento a las órdenes indica que las considera normativas en un sentido diferente de aquel por el cual las normas son normativas. En cuanto al hecho de que los cuatro puntos del inciso anterior se aplican igualmente a las normas y a las órdenes, esto implica que el inciso anterior no explica completamente el concepto kelseniano de norma. Kelsen considera las órdenes, como tales, como 'deber ser subjetivo' y a las normas como 'deber ser objetivo'. ¿Qué es lo que para Kelsen no se encuentra en el concepto de una orden que impide que ésta sea un 'deber ser' objetivo?

Para responder esta cuestión es necesario revisar varias consideraciones diferentes por las cuales Kelsen parece haber sido influenciado en su distinción entre 'deber ser' subjetivo y objetivo y por varias interpretaciones diferentes y algunas de ellas contradictorias, de su doctrina de la norma fundamental.

De esta manera, es fácil detectar un factor que puede inducirnos a distinguir entre órdenes respaldadas por amenazas (el único tipo de órdenes que Kelsen considera) y normas. Ambas pueden determinarse por el hecho de que una sanción es probable que siga a la desobediencia. Conse-

²¹ *The Pure Theory of Law*, cit., p. 6 (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 5; *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 19-20. NT).

²² *The Pure Theory of Law*, cit., pp. 8-9 (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 8-9; *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 22-23. NT). En una nota a pie de página Kelsen identifica su principio con el enunciado de Prior: "es imposible deducir una conclusión ética de premisas absolutamente no éticas. (*Théorie pure du droit*, cit., p. 8, n. 2. (Por error Joseph Raz, cita la p. 12; cita la versión francesa porque la versión inglesa omitió las notas. (Cfr. Prior, Arthur N. *Logic and the Basis of Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1944, p. 18; *Reine Rechtslehre*, cit., p. 5, n; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 20, n. 2. NT). Este principio es incorrecto. Cuando mucho puede sostenerse que (algunas) conclusiones normativas presuponen un presupuesto normativo. El presupuesto no necesita ser una premisa, puede ser una regla de derivación. De acuerdo con esta interpretación del principio, el enunciado de que una norma existe puede ser derivado de enunciados de que ciertos actos fueron realizados dadas ciertas reglas apropiadas de derivación.

cuentemente, se puede recurrir tanto a las órdenes como a las normas para justificar la conducta conforme a ellas. Ellas proporcionan una razón para el comportamiento que prescriben y, por tanto, también lo justifican hasta cierto grado. Puede ser que en razón de otras consideraciones en contra, la conducta sea injustificada, pero, al menos, tiene una justificación parcial. Esto no significa, por supuesto, que las normas y las órdenes estén por sí mismas justificadas. Podría pensarse si una de las diferencias entre normas y órdenes es que las normas son, necesariamente, demandas justificadas, mientras que las órdenes, aun cuando en ocasiones estén justificadas, y justifiquen, no necesariamente lo son. Esta distinción puede explicar la diferencia en normatividad entre normas y órdenes en la teoría de Kelsen la cual se refleja en llamar a las órdenes 'deber subjetivo' y a las normas 'deber ser objetivo'. Similarmente, esta distinción explica porqué las normas 'derivan' su validez de otras normas, mientras que ninguna estipulación análoga es necesaria, de acuerdo con Kelsen, en el caso de las órdenes: las normas que contribuyen a la creación de otra norma es parte de su justificación.

La tesis es que:

(1) Toda norma es un requerimiento justificado; debe ser distinguida de otras tesis relacionadas, todas las cuales tienen algún respaldo en enunciados de Kelsen sobre el particular, a saber:

(2) Las normas no están necesariamente justificadas, pero los enunciados de 'deber ser' de que x debe hacer A en C significan que tal norma existe y que está justificada.

(3) Tales enunciados de 'deber ser' no significan que la norma descrita esté justificada, pero que se justifica si la norma fundamental del sistema, a la cual la norma pertenece, está justificada.

(4) Tales enunciados de 'deber ser' no significan que la norma descrita esté justificada condicional o incondicionalmente, pero afirmarlos implica que el que habla piensa que la norma es considerada por el grueso de la comunidad a la cual el sistema, incluyendo la norma escrita, se aplica.

(5) Tales enunciados de 'deber ser' no significan que la norma descrita esté justificada condicional o incondicionalmente, pero afirmarlo implica que el que habla los considera justificados.

¿Acepta Kelsen cualquiera de estas tesis o cualquiera de las muy diferentes, pero relacionadas, tesis que pueden ser formuladas? Es imposible examinar aquí todos los pasajes relevantes en las obras de Kelsen. Tra-

taré, sin embargo, de sugerir una respuesta basada sobre algunos pasajes claves. Únicamente serán consideradas las normas jurídicas, pero, ocasionalmente, se hará referencia a otras normas.

Primera tesis: Kelsen rechaza esta tesis explícitamente:

La regla jurídica dice: si *A* es, *B* debe ser *y*, por tanto, no dice nada sobre el valor, moral o político, de la relación. El 'deber ser' se mantienen una categoría *a priori* pura para la comprensión del material jurídico empírico... la categoría tiene puramente carácter formal... "es una categoría epistemológica trascendental en el sentido de la filosofía kantiana... En esto radica su tendencia radicalmente antiidológica."²³

Este pasaje se encuentra reforzado por muchos otros que hacen claro que Kelsen no considera el derecho como necesariamente bueno o justificado en ningún sentido.

Es tentador pensar que, aunque el derecho no está justificado en ningún sentido absoluto, éste existe únicamente si es aceptado como justificado por la comunidad a la cual éste se aplica. Esta interpretación se respalda por el siguiente pasaje:

Si el "deber ser" es también el sentido objetivo del acto, la conducta a la cual el acto es dirigido es considerado como algo que debe ser, no únicamente desde el punto de vista del individuo que ha realizado el acto, sino, también, desde el punto de vista del individuo a cuya conducta el acto es dirigido y de un tercer individuo no involucrado en la relación entre los dos.²⁴

Kelsen, sin embargo, rechaza esa interpretación:

...La doctrina de la norma fundamental no es una doctrina del reconocimiento... de conformidad con la doctrina del reconocimiento, el derecho positivo es válido únicamente si éste es reconocido por los individuos que están sometidos a él, lo cual significa: si estos individuos acuerdan que uno debe de comportarse de conformidad con las normas del derecho positivo.²⁵

²³ "The Pure Theory of Law. Its Method and Fundamental Concepts", *cit.*, p. 485.

²⁴ *The Pure Theory of Law*, *cit.*, p. 7. (Cfr. *Reine Rechtslehre*, *cit.*, p. 7; *Teoría pura del derecho*, *cit.*, p. 21).

²⁵ *The Pure Theory of Law*, *cit.*, p. 218, n 82. (Cfr. *Reine Rechtslehre*, *cit.*, p. 225 n; *Teoría pura del derecho*, *cit.*, p. 229 n 134. NT). En este respecto, parece que, de acuerdo con Kelsen las normas jurídicas, difieren de la moral social. Esta última es creada mediante la costumbre y, por ello, creada únicamente si la comunidad considera que debe de comportarse de la manera prescrita.

De esta manera, Kelsen rechaza la primera tesis en ambas de sus interpretaciones.

Segunda y cuarta tesis: No puede haber ninguna duda de que Kelsen rechaza ambas de estas tesis. De hecho yo solamente las mencioné en razón de su interés dentro del contexto de alguna otra teoría de normas. Kelsen mismo está comprometido con la idea de que los enunciados de 'deber ser' (objetivos) describen normas y nada más. Por tanto, no puede aceptar la segunda tesis. Kelsen está también consciente de que hay sistemas jurídicos que no son considerados buenos o justificados por las personas a las que éstos rigen. Sin embargo, uno puede describir tales sistemas mediante enunciados de 'deber ser'. Por tanto, la tesis de que afirmar un enunciado de 'deber ser' implica que el que habla cree que la norma descrita es aceptada como justificada por sus sujetos normativos, si es que ha de aceptarse de alguna manera, tiene que ser modificada especificando contextos especiales en los cuales la implicación valga o en los cuales no. Ninguna especificación de este tipo se encuentra en la obra de Kelsen. Su explicación de los problemas lingüísticos muestra que él no está consciente de que por el hecho de afirmar el que habla puede implicar cosas que no son parte del significado del enunciado formulado. Estas consideraciones se aplican igualmente a la quinta tesis, la cual tiene que ser también rechazada.

En el párrafo de la *Law Quarterly Review* transcrito anteriormente Kelsen claramente trata de distinguir entre dos ideas de 'deber ser' un 'deber ser' material, el cual conlleva la implicación de que la norma descrita es buena o justa y un 'deber ser' formal el cual no conlleva dicha implicación. En razón de que Kelsen carece de una adecuada teoría lingüística que le ayude a expresar sus ideas, es difícil decir qué es lo que exactamente quiere decir con esta distinción. Es claro, sin embargo, que, de acuerdo con Kelsen, al describir el derecho únicamente el 'deber ser' formal debe ser usado: "el derecho, de acuerdo con la teoría aquí desarrollada, es un cierto orden (u organización) del poder".²⁶ Sin embargo, el derecho es considerado "no como un mero consorcio fáctico de motivos, sino como un orden válido, como norma".²⁷ Esto es hecho posible por la norma

²⁶ *The Pure Theory of Law*, cit., p. 214. (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 221; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 225. NT).

²⁷ "The Pure Theory of Law. Its Method and Fundamental Concepts", cit., p. 518.

fundamental: "... la norma fundamental, en un cierto sentido, significa la transformación del poder en derecho".²⁸

Al interpretar la fuerza organizada como un sistema de normas, uno no necesita asumir que es bueno o justo. La única razón por la que no existe ninguna norma fundamental para un sistema de órdenes de un grupo organizado de gansters es que "este orden no tiene la eficacia continuada en la cual ninguna norma fundamental es presupuesta".²⁹

Todos estos pasajes y muchos otros tienden a sostener el concepto de una norma jurídica explicada en el inciso anterior y respaldar la sugerencia hecha al principio de este inciso de que, de acuerdo con Kelsen, la única diferencia entre las disposiciones jurídicas creadas por ciertos actos de voluntad y las órdenes se encuentran en la relativa existencia prolongada de las interconexiones sistemáticas de las disposiciones jurídicas. Estas ideas justifican también el enunciado de que las normas fundamentales existen si son consideradas únicamente como vínculo común que determina la identidad de los sistemas normativos y la validez de las órdenes como parte de tales sistemas. El objetivo último de tales pronunciamientos es hacer posible la afirmación de que "... el derecho positivo... se encuentra justificado únicamente por una norma o por un orden normativo con el cual el derecho positivo, según sus contenidos, puede o no puede conformarse, de ahí que pueda ser justo o injusto".³⁰ De lo cual se sigue que la norma fundamental no tiene nada que ver con la justificación de las disposiciones jurídicas.

Sin embargo, frecuentemente Kelsen se desvía de su postura. Constantemente identifica la cuestión '¿cuál es la razón de la validez del derecho?', con la cuestión '¿por qué debe obedecerse el derecho?'³¹ A estas cuestiones responde 'la norma fundamental', 'en razón de la norma fundamental'.

Kelsen reconoce y explica, con algún detalle, un método especial de

²⁸ Hans, Kelsen, *General Theory of Law and State*, cit., p. 437. (Esta referencia corresponde al apéndice: "Natural Law Doctrine and Legal Positivism" [*Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre un des Rechtspositivismus*, cit.] que no aparece en la versión española. NT).

²⁹ *The Pure Theory of Law*, cit., p. 47 (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 49; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 60. NT).

³⁰ *The Pure Theory of Law*, cit., p. 217. Por error en el original aparece nuevamente la llamada 1 (p. 134); sin embargo debe corresponder a la llamada 5 (misma página), la cual se refiere al párrafo transcrito. (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 223-224; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 228. NT).

³¹ "Why Should The Law be Obeyed?" en *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, cit., p. 257.

justificar las normas, el cual puede ser llamado justificación 'dinámica'.

Éste puede ser definido por dos características:

(1) Una norma se justifica con base a una otra norma.

(2) La norma que justifica es una norma creadora de normas y la justificación consiste en mostrar que la norma justificada fue creada por la forma estipulada por la norma que justifica³² (no es necesario decir que no puede proceder y preguntarse por la justificación de la norma justificativa).

Kelsen está consciente de que una norma jurídica es parte de las condiciones de creación de otra norma jurídica *puede ser* considerada como una justificación (dinámica) de tal norma. Kelsen no logra, sin embargo, distinguir entre las condiciones de existencia de una norma y su posible uso como una justificación de ella y, al identificar los dos, Kelsen es llevado a la conclusión de que las normas que existen están necesariamente justificadas. Consciente de la contradicción amenazante entre sus puntos de vista, busca evitarlas orillándose hacia la tercera tesis.

Tercera tesis. Los enunciados de 'deber ser' significan que una norma existe y que está justificada si la norma fundamental del sistema a la cual pertenece se encuentra presupuesta. Kelsen dice, por ejemplo, que "el positivismo jurídico contesta a la cuestión de por qué el derecho es válido al recurrir a una hipótesis que puede o no ser aceptada, en otras palabras, *justificando la obediencia al derecho* únicamente de manera con-

³² Por ciertas razones no reveladas Kelsen adopta la extraña postura de que sólo hay dos tipos de sistemas normativos: Los sistemas dinámicos, cuyas normas (o, quizás, la mayoría de ellas) se encuentran justificadas por una justificación dinámica, y los sistemas estáticos, cuyas normas (o, quizás la mayoría de ellas) están justificadas en virtud de que los enunciados que las describen son implicados por enunciados que describen otras normas. Las normas fundamentales de sistemas dinámicos, invisten a algunas personas o cuerpo de personas con facultades legislativas y son presupuestos. Las normas fundamentales de sistemas estáticos no son normas creadoras de normas y no son presupuestas sino consideradas autoevidentes. Sobre este tema véase: *General Theory of Law and State*, cit., pp. 112-113 y 399-400; *The Pure Theory of Law*, cit., p. 195 (Cfr. *Teoría General del derecho y del Estado*, cit., pp. 131-133 [las páginas 399-400 de la *General Theory of Law and State* corresponden al apéndice: "Natural Law Doctrine and Legal Positivismus"—*Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*—que no aparece en la versión española]; *Reine Rechtslehre*, cit., p. 198; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 203. NT). Más adelante Kelsen sostiene que ninguna norma es realmente autoevidente (*Pure Theory of Law*, cit., p. 196 [Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 198 *in fine*; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 203. NT]). No necesitamos analizar esta teoría aquí.

dicional".³³ Yo preferiría decir que el positivismo jurídico no justifica el derecho en absoluto, pero que describe y analiza un método que *puede* ser usado para justificar disposiciones jurídicas.

Kelsen, sin embargo, piensa de otra manera y concluye que "el 'deber ser' del derecho positivo puede únicamente ser hipotético"³⁴ con esto parece adherirse a la tercera tesis. Desafortunadamente, éste no es el fin de la historia, puesto que Kelsen está atrapado por su identificación de validez con existencia de una norma, por un lado, y con su justificación, por el otro. El enunciado de que las normas jurídicas son única y condicionalmente justificadas es, para él, sinónimo del enunciado de que las normas jurídicas son única y condicionalmente válidas, *i. e.* que gozan únicamente de existencia condicional: "en tanto la validez absoluta de sus normas corresponde a la idea del derecho natural, la validez meramente hipotética y relativa de sus normas corresponde a la del derecho positivo".³⁵ Esta conclusión contradice las propias ideas de Kelsen (examinadas anteriormente) sobre la naturaleza no ideológica de las disposiciones jurídicas y es, en sí misma, insostenible.

La forma de salir de esta conclusión es rechazar la identificación de la validez de una norma con la justificación de una norma y aceptar la tercera tesis. O bien, uno puede, como he sugerido, ir, incluso, más allá y considerar el hecho de que algunas normas jurídicas se encuentran usualmente entre las condiciones de existencia de otras normas jurídicas, no justificando estas normas sino, únicamente, proveyendo de un medio posible por el cual ellas pueden ser justificadas. La tercera tesis puede, de esta manera, ser rechazada.

De la explicación hasta aquí resulta obvio que las opiniones de Kelsen sobre la cuestión de las normas como requerimientos justificados gira al rededor de la interpretación del concepto de norma fundamental. ¿Justifican las normas fundamentales las normas jurídicas? ¿y si es así en qué sentido? Kelsen considera a las normas fundamentales como fuente de validez y fuente de unidad de los sistemas jurídicos. Su función en la unificación de los sistemas jurídicos ha sido examinada en el capítulo anterior. Aquí nos ocupamos de las normas fundamentales como fuentes de validez del derecho.

³³ "Why should the Law be Obeyed?", *cit.*, p. 263.

³⁴ *General Theory of Law and State*, *cit.*, p. 394. (Esta referencia corresponde al apéndice: "Natural Law Doctrine and Legal Positivismus" [*Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*] *cit.*, que no aparece en la versión española. NT).

³⁵ *General Theory of Law and State*, *cit.*, p. 344. (Cfr. *supra* mi comentario a la nota 34. NT).

La explicación que da Kelsen del tema está minada de confusión. Se dice que la norma fundamental es presupuesta. Kelsen habla de ella como presupuesta en dos diferentes formas. Es presupuesta por la teoría jurídica, es 'la hipótesis última del positivismo'. Se dice, también, que es presupuesta por cualquier persona que considere el derecho como un sistema de normas, *i. e.* cualquier persona que use términos normativos para referirse a las disposiciones jurídicas: "que la norma fundamental realmente exista en la conciencia jurídica es resultado de un simple análisis de los enunciados jurídicos reales".³⁶ Estos dos enunciados no están necesariamente en conflicto, sin embargo, tienden en ocasiones a identificar la presuposición de una norma fundamental por las personas ordinarias con su aceptación como justificada o buena. En algunos pasajes Kelsen dice que los anarquistas, por ejemplo, no presuponen la norma fundamental y consideran el derecho no como un sistema normativo sino como meras relaciones de poder.³⁷ Similarmente:

Un comunista, ciertamente, puede no admitir que exista una diferencia esencial entre una organización de gansters y un orden jurídico capitalista a los cuales, considera, como los medios de ruda explotación. Toda vez que él no presupone —como lo hacen aquellos que interpretan el orden coactivo en cuestión como un orden normativo objetivamente válido— la norma fundamental.³⁸

La teoría jurídica no presupone la norma fundamental en el mismo sentido. No es función de la teoría jurídica justificar el derecho, sino explicarlo.

Si presuponer la norma fundamental significa aceptarla como justificada, entonces pueden existir sistemas jurídicos los cuales se aplican a poblaciones que no presuponen sus normas fundamentales. Ni la existencia de los sistemas jurídicos ni, tampoco, la existencia de sus normas fundamentales (puesto que hay una norma fundamental en todo sistema jurídico) depende de que sea presupuesta la norma fundamental.³⁹

Debe entenderse, no obstante ciertas observaciones de Kelsen que sugieren la tesis contraria, que el anarquista, comunista o cualquiera que real-

³⁶ *General Theory of Law and State, cit.*, p. 116. (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado, cit.*, p. 137. NT).

³⁷ *General Theory of Law and State, cit.*, pp. 413 y 425. (Estas referencias corresponden al apéndice: "Natural Law Doctrine and Legal Positivismus" [*Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*], *cit.*, que no aparece en la versión española. N. T.).

³⁸ Kelsen, Hans "Professor Stone and The Pure Theory of Law", en *Stanford Law Review*, vol. 17, núm. 2, 1965, p. 1144.

³⁹ Cfr. *supra*: inciso 3, cap. III.

mente no presuponga la norma fundamental puede aun descubrir el derecho haciendo uso de enunciados normativos. Los enunciados normativos no implican “ninguna aprobación de la norma jurídica descrita”.⁴⁰ Kelsen está en lo correcto al decir: “Aun un anarquista, si fuera profesor de derecho, podría describir el derecho positivo como un sistema de normas válidas, sin tener que aprobar este derecho.”⁴¹ Esto sin embargo, no es razón para que él contradiga tanto el primero y el último de sus enunciados que el anarquista no presupone la norma fundamental, como lo hace en esta misma nota al pie de página.

¿Por qué debe la teoría jurídica decir que presupone la norma fundamental no meramente analizarla y describirla como lo hace con las otras normas? Kelsen considera toda norma como creada por actos legislativos. Esto, obviamente, no es verdad de las normas fundamentales. Por ello, dice que se presupone su establecimiento. Se acepta la ficción de que las normas fundamentales son establecidas.⁴²

Se puede por tanto, sin ningún deterioro, dispensar la idea de que la teoría jurídica presuponga la norma fundamental. Hemos visto que las normas no siempre son requerimientos justificados. El concepto de norma es el analizado en el inciso anterior (sujeto a las modificaciones sustanciales que serán introducidas en los siguientes incisos). La diferencia en normatividad entre los sistemas jurídicos y las órdenes pueden ser explicadas por el hecho de que los sistemas jurídicos tienen una integrada posibilidad de justificación dinámica de la mayoría de sus normas.

¿Cuál es la suerte de las normas fundamentales? Ellas no ayudan a establecer la unidad ni identidad de los sistemas jurídicos; tampoco ayudan para arreglar las normas en sistemas jurídicos.⁴³ Se dice que ellas son la fuente de validez de las normas jurídicas, pero en esta función no justifican estas normas. Tampoco son necesarias para el principio de

⁴⁰ *The Pure Theory of Law*, cit., p. 79. (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 83; *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 93-94. NT).

⁴¹ *The Pure Theory of Law*, cit., p. 218, n. 82. (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 224 n; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 229, n 133. NT.)

⁴² Cfr. Kelsen, Hans “On The Pure Theory of Law”, en *Israel Law Review*, vol. 1, núm. 1, 1966, p. 6. Aquí Kelsen atribuye la ficción no a la teoría jurídica sino a todo aquel que piense en el derecho. La cuestión importante es que éste es un sentido diferente de ‘presuponer’. Otra interpretación posible de la idea de que la teoría presupone la norma fundamental es que ésta encuentra que el concepto de norma fundamental es necesario o útil para explicar el derecho. (Sobre esta última interpretación véase el capítulo VII: *Kelsen’s Theory of The Basic Norm* del libro de Joseph Raz *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* [cit., pp. 122-145]; *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* [cit., pp. 157-186] NT).

⁴³ Cfr. *supra*: inciso 3, capítulo V.

que cualquier derivación de un enunciado normativo se basa en algún presupuesto normativo. ¿Existe alguna razón para aceptar la existencia de normas fundamentales? Hay un argumento más que debe ser considerado.

Al establecer la primera constitución sus autores hicieron uso de facultades jurídicas. De acuerdo con Kelsen, esto significa que existe una norma que les confiere estas facultades. Esta norma no pudo ser establecida (si hubiera sido establecida, el mismo argumento podría aplicarse a las facultades de sus legisladores); sin embargo, tiene que existir. El mismo argumento puede ser aplicado a todo sistema jurídico y, por tanto, tal norma no establecida, *i. e.* la norma fundamental, tiene que existir en todo sistema jurídico.

Este argumento se basa en el presupuesto erróneo de que un hombre puede tener facultades legislativas únicamente si éstas le fueron conferidas por una disposición jurídica. La facultad legislativa es simplemente la habilidad de crear o derogar disposiciones jurídicas.⁴⁴ Los autores de la primera constitución tienen facultad legislativa para establecer la primera constitución, facultad que no les ha sido otorgada por el derecho. La primera constitución es derecho porque pertenecen a un sistema jurídico eficaz (un hecho que no puede ser determinado sino hasta cierto tiempo después de que la constitución haya sido establecida).

Aun si toda facultad legislativa tiene que ser conferida por el derecho, como Kelsen sostiene, su argumento establece únicamente la posibilidad, no la necesidad, de normas fundamentales. Puesto que las facultades de los autores de la primera constitución pueden serles conferidas por una disposición jurídica ordinaria del sistema. El argumento de Kelsen muestra únicamente que, si toda facultad legislativa tiene que ser conferida por el derecho, las normas fundamentales tienen que existir en sistemas en los cuales ninguna disposición jurídica ordinaria confiere facultades apropiadas a los autores de la primera constitución.

Mi argumento se basa en el presupuesto de que las disposiciones jurídicas pueden autorizar indirectamente su propia creación. Me parece que las objeciones a tales disposiciones jurídicas están mal concebidas. Admitir tales disposiciones jurídicas presupone la posibilidad de (1) disposiciones jurídicas que confieren facultades legislativas con efecto retroactivo, (2) Disposiciones jurídicas parcialmente autorreferentes. Estos dos presupuestos los encuentro inobjetables.^{44 bis} Permítasenos examinar dos con-

⁴⁴ *Cfr. supra*: inciso 1, capítulo II.

^{44 bis} *Cfr.* Hart, H. L. A. "Self-Referring Laws", *cit.*

juntos de disposiciones jurídicas. Un conjunto, el cual consiste en las disposiciones jurídicas *A*, *B*, *C*, *D*, todas las cuales pertenecen a la cadena de validez representada en la figura número 6. En otro conjunto, constituido por las disposiciones jurídicas *E*, *F*, *G* y *H*, todas pertenecen a la cadena de validez representado en la figura 7. Cada una de las disposiciones jurídicas del primer grupo, ninguna de las disposiciones jurídicas del segundo grupo, autorizan indirectamente su propia creación. Supongamos, además, que ésta es la única diferencia en contenido entre los pares de normas *A* y *E*, *B* y *F*, *C* y *G*, y *D* y *H*. (La facultad designada como (1) es, por tanto, idéntica a las facultades (2) y (3) consideradas conjuntamente).

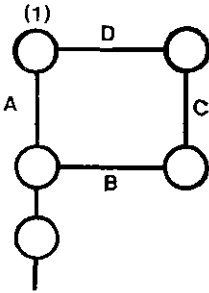


figura 6

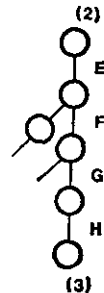


figura 7

Mis argumentos son: (1) ninguna contradicción resulta al asumir que *A*, *B*, *C* y *D* son disposiciones jurídicas válidas. (2) Es verdad que la validez de cada una de estas disposiciones jurídicas puede ser probada únicamente si, en última instancia, la validez de una de las otras disposiciones jurídicas es asumida y no probada, pero esto también es verdad para *E*, *F*, *G* y *H*. (3) No se puede alegar que la parte del contenido de *A*, *B*, *C* y *D*, que autoriza su propia creación, sea redundante o completamente sin sentido, en el sentido en que una disposición jurídica puramente autorreferente, *A*₁, de que 'esta disposición jurídica es válida', es sin sentido, porque su existencia o no existencia no producen ninguna diferencia y que, por tanto, el primer grupo de disposiciones jurídicas puede decirse que es idéntico en contenido al segundo grupo (no autorreferente).

Hay al menos dos diferencias entre los dos grupos, las cuales resultan de la diferencia en su contenido: (1) la no existencia de alguna de las disposiciones jurídicas *A*, *B*, *C* y *D* implica la no existencia del resto, puesto que cada una de ellas implica la existencia del resto. (Asumimos, por supuesto, que los actos legislativos necesarios fueron realizados). La

no existencia de alguna de las disposiciones del otro grupo implica únicamente la no existencia de las disposiciones jurídicas a las cuales preceden en la cadena de validez. Las disposiciones jurídicas que suceden si hay alguna, pueden ser presupuestas, o su validez probada, con referencia a otras normas (no representadas en la cadena de validez de la figura 7), sin implicar, por tanto, la existencia del derecho no existente. (2) Consecuentemente, asumiendo, como Kelsen lo hace, que la existencia de las normas puede ser probada ya sea por referencia a normas o presupuesta (por razones de estrategia teórica o creencia personal) y que ninguna otra disposición jurídica positiva autoriza la creación de alguna de las disposiciones jurídicas en nuestro ejemplo, entonces una disposición jurídica no positiva que autoriza *E* tiene que ser presupuesta, si todas las disposiciones jurídicas del segundo grupo tienen que ser autorizadas por el derecho y ser disposiciones jurídicas de un sistema. Tal disposición jurídica que autoriza es una norma fundamental, *i. e.* una disposición jurídica presupuesta no positiva. Por otro lado, cualquiera de las disposiciones jurídicas del primer grupo puede ser presupuesta, como el resultado de que ésta y las otras disposiciones jurídicas del grupo existen y pertenecen al mismo sistema, y todas ellas están autorizadas por la misma disposición jurídica positiva. Ninguna norma fundamental, *i. e.* ninguna disposición jurídica no positiva, necesita ser presupuesta.

El resultado final de este argumento es que no es necesariamente el caso, aun dentro del marco de la teoría kelseniana, que todo sistema jurídico incluya una norma fundamental, *i. e.* una norma jurídica no positiva.

3. *La Estructura de un sistema y la individuación de sus disposiciones jurídicas*

Las clases y patrones de relaciones internas que existen entre disposiciones jurídicas en un sistema jurídico dependen, en última instancia, de dos factores: (1) Los principios de individuación, y (2) La riqueza, complejidad y variedad del contenido del sistema jurídico. Cualquiera que sea el contenido de un sistema, si sus disposiciones jurídicas son individuadas de conformidad con los principios de Kelsen, el patrón resultante de las relaciones internas (si hay alguno) diferiría de los patrones de las relaciones internas que resultarían de individuar el mismo sistema de conformidad con los principios de Bentham. Por otro lado, si el sistema es empobrecido en ciertos aspectos, esto puede afectar el patrón de sus relaciones internas. Si, por ejemplo, ninguna de sus disposiciones

jurídicas es respaldada por sanciones entonces no habría ninguna relación punitiva entre sus disposiciones jurídicas.

Los principios de individuación están determinados por la teoría jurídica, mientras que el contenido de un sistema depende de hechos contingentes que se refieren a tal sistema particular. Se puede decir, por tanto, que los principios de individuación hacen posible la existencia de ciertos tipos de relaciones internas, mientras que la complejidad del sistema determina si las relaciones de esos tipos efectivamente existen en el sistema respectivo.

Un sistema normativo es un sistema jurídico únicamente si tiene un cierto mínimo de complejidad. De esta forma, será argumentado en el capítulo VIII que todo sistema jurídico tiene que regular la existencia y funcionamiento de algunos tribunales y que todo sistema jurídico necesariamente estipula sanciones. Este tema se encuentra íntimamente relacionado con el problema de si hay algún contenido mínimo común a todo sistema jurídico. El contenido mínimo y la complejidad mínima de todo sistema jurídico, conjuntamente con los principios de individuación, determinan las relaciones internas necesarias que existen en todo sistema jurídico, esto es, la estructura interna la cual es necesariamente común a todos los sistemas jurídicos.

Explorar la complejidad mínima de los sistemas jurídicos envolvería problemas íntimamente vinculados con el del contenido mínimo de los sistemas jurídicos y, por tanto, esta tarea no va a ser emprendida aquí. En su lugar este capítulo y el siguiente examinarán la formulación de principios de individuación aceptables y las características generales de los principales tipos de relaciones internas que hacen posible.

No es necesario, para los propósitos de este estudio, formular los principios de individuación. Todo lo que es necesario es establecer amplios lineamientos, en forma de requerimientos mediante los cuales será probada la adecuación de todo conjunto propuesto de principios de individuación. Tales requerimientos son de dos tipos: requerimientos que guían y requerimientos que limitan. Los requerimientos que guían establecen objetivos que los principios de individuación deben alcanzar. Los requerimientos que limitan especifican errores que hay que evitar. Los requerimientos limitantes determinan el alcance de conjuntos posibles de principios que individuán, al excluir ciertas sugerencias mal concebidas. Los requerimientos que guían nos ayudan a escoger el mejor de los conjuntos de los principios que individuán, que superan la prueba de los requerimientos limitantes. Ninguno de los requerimientos que limitan prescribe el límite exacto y absoluto de la aceptabilidad de conjuntos de principios de individua-

ción. En última instancia cada conjunto es juzgado por su éxito al satisfacer cada uno de los requerimientos, ponderándolo por su éxito al satisfacer el resto. Sin embargo, puede decirse que, mientras que los requerimientos limitantes son, fundamentalmente, principios de exclusión, los requerimientos que guían son, primordialmente, principios de selección.

a) *Requerimientos limitantes*

(1) Las disposiciones jurídicas individuadas por los principios de individuación, no deben desviarse mucho, o sin buenas razones, del concepto ordinario de disposición jurídica. Este requerimiento, se recordara,⁴⁵ se basa primordialmente en el deseo de convertir el concepto teórico de disposición jurídica en el punto de partida de la explicación del concepto de disposición jurídica propio del sentido común; el concepto propio del sentido común será esclarecido por una explicación de sus desviaciones del concepto teórico, el cual, a su vez, se justifica siendo la mejor (o una buena) herramienta en el análisis del derecho.

(2) Las disposiciones jurídicas individuadas por los principios de individuación no deben ser excesivamente repetitivas. La disposición jurídica parcialmente repite otra disposición jurídica cuando una prescripción jurídica que es parte de ella es, también, parte de la otra. Por ejemplo, si toda disposición jurídica incluye una prescripción en el sentido de que el parlamento tiene facultades legislativas ilimitadas, entonces todas las disposiciones jurídicas se repiten.

Se podría pensar que la repetición, aunque quizás poco elegante, no es vitalmente importante, puesto que no causa ninguna dificultad práctica. Después de todo, Kelsen no sugiere que los libros de derecho deban ser reescritos de forma a presentar toda disposición jurídica en su formas canónicas, una tarea que incrementaría el tamaño de los libros de derecho mil veces. Bentham, con su característica minuciosidad, comenzó a delinear un sistema de referencias cruzadas que resolverían la mayoría de las inconveniencias prácticas causadas por la repetición. Me parece, sin embargo, que esta posibilidad no afecta la importancia de este requerimiento. La inconveniencia práctica puede ser evitada precisamente porque la inclusión de las prescripciones repetitivas en muchas disposiciones jurídicas no sirve a ningún propósito útil. Lo que es objetado es precisamente la aceptación de un concepto teórico de disposición jurídica que permita

⁴⁵ *Cfr. Supra*: inciso 6, capítulo V.

disposiciones jurídicas repetitivas divorciadas de una necesidad o razón real para la repetición. El concepto de disposición jurídica debe ser moldeado en la mejor forma, de manera que sirva a las actividades y necesidades de la gente que se encuentra involucrada con el derecho (*i. e.* en varios grados —todos—).

(3) Las disposiciones jurídicas individuadas por los principios de individuación no deben ser redundantes. Esto es, si la existencia de una disposición jurídica es una condición suficiente para la verdad de ciertos enunciados normativos, entonces, tal enunciado no debe ser considerado como describiendo una otra disposición completa sino, más bien, como describiendo (parte de) el contenido de la primera disposición jurídica.

Este requerimiento puede ser considerado como un caso especial de el requerimiento más general en contra de la repetición. Quizá pueda ser mayormente justificado por la tendencia a no permitir entidades abstractas innecesarias. Este principio fue reconocido por Kelsen.⁴⁶ Al discutir el uso que Kelsen hace de él, ya hemos observado que no tiene ninguna fuerza absoluta y que alguna redundancia puede ser permitida si hay fuertes razones para hacerlo.

b) *Requerimientos guía*

(1) Las disposiciones jurídicas individuadas por los principios de individuación deben ser relativamente simples. Éste es, posiblemente, el más importante de los requerimientos. Todo el propósito de dividir el sistema jurídico en disposiciones jurídicas es crear unidades pequeñas, simples, para facilitar el discurso sobre, y la referencia, a varias partes del sistema jurídico, así como promover el análisis del derecho.

Al menos dos clases de simplicidad, de igual importancia, deben ser distinguidas. Una puede ser llamada simplicidad conceptual: Una disposición jurídica debe ser conceptualmente simple; debe tener una estructura relativamente simple, fácilmente penetrable, y su significado debe ser relativamente fácil de entender. El entendimiento del significado de una disposición jurídica kelseniana es una tarea que equivale a entender un texto jurídico y, verdaderamente, ellos tienen, grosso modo, la misma extensión. La estructura y significado de una norma como “no robe” es más fácil de entender.

La otra clase de simplicidad es la simplicidad de identificación: debe ser fácil descubrir el contenido de una disposición jurídica. El concepto

⁴⁶ *Cfr. supra*: inciso e, capítulo IV.

de disposición jurídica debe ser enmarcado de tal forma que el contenido de cualquiera disposición jurídica pueda, en la mayoría de los casos, ser descubierta consultando el menor número de leyes, reglamentos, sentencias, etcétera. No debe ser enmarcada, como en el caso de las disposiciones jurídicas de Bentham y de Kelsen, de tal forma que una proporción verdaderamente grande de material jurídico del sistema tiene que ser analizado para descubrir el contenido de una sola disposición jurídica.⁴⁷ Más aún, suponiendo que el contenido de una disposición jurídica ha sido verdaderamente descubierto, aunque más difícil que el propio descubrimiento, debe ser también relativamente fácil. De acuerdo con Bentham y Kelsen, la totalidad del contenido de un sistema jurídico tiene que ser examinado para establecer que el contenido de cualquier disposición jurídica ha sido completamente descubierto.

(2) Las disposiciones jurídicas individuadas por los principios de individuación deben ser relativamente autosuficiente (o autoexplicativas). Toda disposición jurídica debe contener una parte relativamente completa del sistema jurídico. Los sistemas jurídicos deben ser divididos de una manera 'natural', *i. e.* sin combinar ideas no relacionadas en una disposición jurídica y sin dividir ideas relacionadas en varias disposiciones jurídicas cuando no exista una buena razón. Como se ha observado.⁴⁸ Este requerimiento compite con los anteriores. Las disposiciones jurídicas deben ser simples, pero no muy simples. Aprender el contenido de una disposición jurídica debe ser una contribución significativa para aprender el contenido del sistema jurídico.

(3) Es deseable que todo acto-situación (*i. e.* la realización de cierto acto por cierta persona en ciertas circunstancias) que es regulado por un sistema jurídico debe ser el núcleo de una disposición jurídica, salvo que sea una instancia de, o que pertenezca a,⁴⁹ un otro acto-situación (genérico) que está regulado por ese sistema jurídico en forma idéntica y es, él mismo, el núcleo de una disposición jurídica.

Este requerimiento es una versión generalizada y modificada de un principio adoptado por Bentham. El significado completo de este requerimiento se hace claro únicamente cuando el significado de la frase 'un acto-situación regulado por el derecho' es explicado (en el inciso 5, más adelante). La

⁴⁷ El propio Bentham estaba consciente de este hecho. (*Cfr. The Limits of Jurisprudence Defined, cit.*, p. 293. El pasaje relevante ha sido omitido en *Of Laws in General*).

⁴⁸ *Cfr. supra*: inciso 6, capítulo V.

⁴⁹ Aquí, como en otro lugar, soy deliberadamente ambiguo sobre la cuestión de si los actos genéricos y los actos-situación deben ser considerados como clases.

naturaleza general del requerimiento puede ser explicado, sin embargo, recordando el principio correspondiente de Bentham.⁵⁰

Bentham pensó que todo acto-situación ordenado o prohibido por un legislador debería ser el núcleo de una disposición jurídica separada. Mandar y prohibir actos-situación son dos formas de guiarlos. Más tarde se argumentará en este capítulo que éstas no son las únicas formas por las cuales el derecho guía la conducta humana.

Un acto-situación es el núcleo de una disposición jurídica (la cual, como veremos en el capítulo VII, no necesita ser una norma), sí es el objeto de una modalidad normativa ('debe ser', 'tener que', 'poder' ['may'], etcétera) o un predicado normativo ('tener un derecho', 'es un deber', etcétera).

La justificación de este requerimiento es muy obvia. El derecho es universalmente considerado como un método social especial de regulación de la conducta humana guiándola en varias formas y direcciones. Esta función del derecho, la cual es, también, la razón principal para aprender derecho y referirse a él, debe ser esclarecida en su análisis teórico. La forma en la que esta función es perseguida se muestra mejor si se coloca al frente del estudio del derecho, al adoptar este requerimiento.

(4) Las disposiciones jurídicas individuadas por los principios de individuación deben, tanto como sea posible, esclarecer conexiones importantes entre varias partes de un sistema jurídico.

Este requerimiento juega un papel primordial en las consideraciones que se avanzarán en el próximo capítulo. Su importancia general y sus objetivos pueden ser ejemplificados considerando brevemente un caso que no será analizado en el próximo capítulo. Hay un buen caso para argumentar que existen disposiciones jurídicas que determinan condiciones necesarias para la aplicación de normas jurídicas, disposiciones jurídicas como: 'todas las normas jurídicas del sistema se aplican únicamente a los actos realizados en un cierto territorio'. Tales disposiciones jurídicas no son normas; no imponen ni deberes ni confieren facultades. Estas disposiciones jurídicas tienen, sin embargo, relaciones internas con, al menos, algunas de las normas jurídicas del sistema, porque afectan su interpretación y aplicación. Especifican algunas, aunque no todas, las condiciones de aplicación de normas jurídicas. Una disposición jurídica que impone el deber de no robar se aplica, en consecuencia, en el derecho de nuestro ejemplo, únicamente a robos cometidos en un cierto territorio.

Al permitir la existencia de tales disposiciones jurídicas la repetición

⁵⁰ *Cfr. supra*: incisos 1 y 3, capítulo IV.

de condiciones comunes de aplicación en muchas disposiciones jurídicas de forma separada se evita y muchas disposiciones jurídicas, por tanto, devienen más simples. Por otro lado, la 'dependencia' de estas disposiciones jurídicas en otras disposiciones jurídicas se incrementa; devienen menos autónomas, menos autoexplicativas. Éstas son consideraciones que tratan alguno de los anteriores requerimientos. Sin embargo, hay una otra consecuencia al permitir disposiciones jurídicas que determinan condiciones necesarias para la aplicación de grupos de normas jurídicas. Tales disposiciones jurídicas aíslan rasgos comunes de muchas disposiciones jurídicas, haciendo claro, por ello, ciertas conexiones entre grupos de exposiciones jurídicas. No toda conexión entre disposiciones jurídicas es de gran significado jurídico; únicamente conexiones importantes deben ser singularizadas en disposiciones jurídicas separadas. En tales casos ellas ayudan al entendimiento del derecho. Por ejemplo, tales disposiciones jurídicas pueden servir como base para una clasificación de ciertos grupos de disposiciones jurídicas dentro de un sistema jurídico. En un cierto sistema jurídico las normas jurídicas sobre el *status* y consecuencias del matrimonio pueden diferir de todas las otras normas jurídicas del sistema en que ellas distinguen entre personas según su religión. Este rasgo puede servir como base para diferenciar la jurisdicción, *e. g.* tales disposiciones jurídicas pueden ser aplicadas por tribunales religiosos. De esta forma, un rasgo particular de un grupo de disposiciones jurídicas sirve para conectarlas de varias maneras con el funcionamiento de otras disposiciones del sistema y éste puede ser de peso para representar esta característica como el núcleo de una disposición jurídica separada, con una relación interna con cierto grupo de disposiciones jurídicas que caracteriza. Como veremos en el próximo capítulo la clasificación es precisamente uno de los propósitos a los que sirven las disposiciones jurídicas que señalan conexiones importantes entre disposiciones jurídicas.

La descripción de requerimientos metateóricos como éstos es necesariamente vaga. No puede haber ningún atajo claro para escoger entre diferentes teorías. Tal decisión es siempre una cuestión de razones tentativas, de sopesar consideraciones inconmensurables entre sí. No obstante, la formulación explícita de criterios metateóricos es una condición para una comparación racional y razonada de teorías. Tal comparación fue hecha en los anteriores capítulos entre los principios de individuación de Bentham y de Kelsen y se ha sostenido⁵¹ que los principios de Bentham son mejores que los de Kelsen.

⁵¹ *Cfr. supra*: inciso 3, capítulo IV; inciso 6, capítulo V.

Los principios de Bentham, sin embargo, están lejos de ser satisfactorios. Las disposiciones jurídicas individuadas por ellos son excesivamente repetitivas, están muy lejos del concepto ordinario de una disposición jurídica y —lo más importante de todo— son, por mucho, muy complejas. Bentham se ve obligado a adoptarlas porque su teoría se basa en dos proposiciones: (1) Toda disposición jurídica es una norma; (2) toda norma es una norma que impone deberes. Dadas estas dos proposiciones, los principios de individuación de Bentham no pueden ser mejorados mucho. Podrían de alguna manera ser mejorados, investigando y desarrollando el concepto de disposiciones jurídicas y obediencia como una explicación de las disposiciones jurídicas que confieren facultades legislativas. Esto sería una mejora real pero no suficiente. Cualquier explicación satisfactoria de la individuación de disposiciones jurídicas tiene que rechazar ambas proposiciones. Mucho de lo que resta en este capítulo se ocupa de un examen crítico de la segunda proposición. En el próximo capítulo se examina la primera proposición.

4. *Disposiciones que imponen deberes*

Dado el deseo general de que todo acto-situación guiado por el derecho deba ser considerado como el núcleo de una disposición jurídica,⁵² es claro que todo conjunto aceptable de principios de individuación permitirán disposiciones jurídicas que impongan deberes. Tres de las cuatro principales ideas del primer estadio de la explicación de Kelsen sobre la naturaleza de las normas⁵³ (omitiendo su sugerencia de que todas las disposiciones jurídicas son creadas por actos que tienen la intención de crear disposiciones jurídicas) proporcionan un punto de partida correcto para una explicación de la naturaleza de las disposiciones que imponen deberes (disposiciones-*D*, como serán denominadas). En esta sección se intenta complementar y modificar ligeramente la explicación de Kelsen con ideas tomadas de Hart.⁵⁴ El problema general a considerar es: ¿Cuándo los actos creadores del derecho imponen deberes y en qué cir-

⁵² Cfr. *supra*: inciso 3 de este capítulo.

⁵³ Cfr. *supra*: inciso 1 de este capítulo.

⁵⁴ Cfr. *The Concept of Law*, *cit.*, pp. 78-88, 163-176 y 211-215. (Cfr. *El concepto de derecho*, *cit.*, pp. 102-113, 208-223 y 266-271. NT) y "Legal and Moral Obligation" in A. I. Melden (Ed.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle, University of Washington Press, 1958, pp. 82-107. (Existe versión española debida a Javier Esquivel Pérez y L. Alfonso Ortiz: *Obligación jurídica y obligación moral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1977 [Cuadernos de *Crítica*, 5]. NT).

cunstancias debe interpretarse el material jurídico como originando una disposición-*D*? Sólo muy pocas consideraciones generales pueden hacerse aquí.

El punto de partida más apropiado para el análisis de disposiciones-*D* es el examen de las normas no jurídicas que imponen deberes. Los conceptos de obligación social y de reglas que imponen tales obligaciones han sido estudiadas con algún detalle por Hart. Su explicación de una regla social que impone deberes puede ser brevemente resumido como sigue: Una regla social de que uno debe hacer *A* en *C* existe en un cierto grupo si, y sólo si:

(1) En la mayoría de las ocasiones los miembros del grupo hacen *A* en *C*; hacer *A* en *C* es un patrón regular de conducta en dicho grupo.

(2) Los miembros del grupo que no se conforman a tal patrón de comportamiento usualmente encuentran una reacción crítica de parte de los otros miembros del grupo. Tal reacción se expresa por sí misma en crítica verbal por su comportamiento desviado, manifestaciones verbales o de otro tipo de hostilidad o extrañamiento, e, incluso, actos de violencia física. Las desviaciones del patrón de comportamiento son la ocasión de las reacciones críticas, aunque éstas no necesitan ocurrir siempre por las mismas razones.⁵⁵

(3) Tales reacciones críticas son generalmente consideradas como legítimas e inobjectables por la mayoría de los miembros del grupo, incluyendo la persona que criticada, *i. e.* las personas que manifiestan tales razones críticas no están expuestas, a su vez, a reacciones críticas de parte de otros miembros del grupo.⁵⁶

⁵⁵ Esta condición me parece muy severa, puesto que considera únicamente reacciones críticas en ocasiones de efectiva desviación del patrón de conducta. De hecho, expresiones de opinión tanto hipotéticas como teóricas, así como manifestaciones de actitud de los miembros del grupo, son también relevantes para la existencia de las reglas. Me refiero a opiniones expresadas en discusiones sobre lo bueno o malo de ciertos cursos de conducta, a la educación de un joven, a la expresión de opiniones en literatura, etcétera. La ausencia de un balance apropiado entre estas manifestaciones abstractas de actitud y las manifestaciones de reacción crítica en casos de desviación [del patrón de conducta] es una fuente, y una forma, de hipocresía social.

⁵⁶ Esta condición me parece muy severa en dos aspectos. Estipula que los infractores tienen que admitir, en la mayoría de los casos, lo malo de su propia conducta. Parece suficiente si tienden a participar en la actitud crítica hacia otros infractores en circunstancias similares. Aún más, Hart asume que todo miembro del grupo tiene el mismo derecho para manifestar una reacción crítica. Es suficiente que para la mayoría de los casos de desviación haya alguien que tenga el *locus standi* para reaccionar críticamente, *i. e.* es suficiente si las reacciones críticas de parte de indivi-

(4) La existencia de las condiciones anteriores es ampliamente sabida en el grupo.⁵⁷

Tal regla impone un deber si

(5) La presión social manifestada por las reacciones críticas es relativamente seria, y

(6) La conducta prescrita por la regla usualmente entra en conflicto con los deseos de la persona obligada.⁵⁸

Éste es un análisis de un tipo simple de reglas sociales. La mayoría de las reglas sociales son más complicadas en dos aspectos importantes:

(a) Muchas reglas sociales permiten algún control por parte de ciertos individuos sobre la incidencia del deber: Los individuos pueden imponer deberes sobre otros que se encuentran bajo su autoridad (en relaciones padre-hijo, maestro-pupilo, etcétera); pueden imponerse deberes a sí mismos (prometiendo, invitando huéspedes, expresando sus intenciones en ciertas circunstancias, etcétera). Una persona puede ser absuelta de un deber por el acto de otra persona que renuncia a sus derechos, liberando al primero de su promesa, etcétera. Una persona puede, mediante actos de compensación, etcétera, evitar, completa o parcialmente, la reacción crítica por la violación de su deber. Otra persona puede salvar al infractor de toda, o de alguna, reacción crítica al renunciar a su demanda de compensación, etcétera.

(b) El análisis de Hart se aplica primordialmente a las reglas dirigidas a todos los miembros del grupo en el cual existen.⁵⁹ Muchas reglas son dirigidas a una subclase particular del grupo en el cual existen: a las mujeres únicamente, a solteros maduros, sólo a los sacerdotes, al jefe trivial únicamente, etcétera. Otras reglas se aplican únicamente a la gente que

duos especialmente situados son considerados legítimas. Frecuentemente, varios individuos se les permite manifestar varios grados de reacción crítica.

⁵⁷ Esta formulación de las condiciones es una interpretación de *The Concept of Law*, cit., pp. 54-55 (Cfr. *El concepto de derecho*, cit., pp. 69-71. NT).

⁵⁸ Cfr. *The Concept of Law*, cit., pp. 84-85 (Cfr. *El concepto de derecho*, cit., pp. 107-109). He procurado explicar el concepto de regla social en Hart sin usar su frase clave: 'un punto de vista interno'. Parece que Hart usa esta frase para tres propósitos diferentes aunque interrelacionados: (1) Designa ciertos hechos que son parte de las condiciones de existencia de las reglas. (2) Designa ciertas condiciones de verdad de ciertos enunciados o de ciertas implicaciones de hacerlos. (3) Designa cierta actitud hacia las normas que pueden ser llamadas 'aceptación de normas'. Para evitar posibles confusiones me he abstenido de usar por completo la frase.

⁵⁹ Hay que admitir que ellos están obligados a actuar únicamente en ciertas circunstancias, pero todas pueden encontrarse en tales circunstancias.

no es miembro del grupo en el cual las reglas existen (reglas sobre el comportamiento de los extranjeros que visitan el país, etcétera).

No obstante la simplicidad de las reglas analizadas por Hart, o, quizás, en virtud de ella, pueden ser consideradas como el tipo básico de reglas en virtud de que su análisis proporciona un punto de partida para el análisis de otros tipos de reglas. Tres rasgos del análisis de Hart son particularmente relevantes para el entendimiento de las disposiciones-*D*:

(1) Siempre que un acto es impuesto como un deber (social) sobre ciertas personas, hay un factor que hace que la no realización del acto sea menos elegible que su realización (*ceteris paribus*), de esta manera proporcionan una razón estándar para su realización. Ese factor es la probabilidad de encontrar reacciones críticas.

(2) Los hechos que constituyen la razón estándar para cumplir el deber, dependen de conducta humana voluntaria, la cual es al menos, parcialmente causada, o motivada, por el hecho de que el acto debido no ha sido realizado.

(3) La existencia de una regla que impone deberes depende de patrones de comportamiento persistentes y complejos que rodean a una amplia proporción de los miembros del grupo en el cual la regla existe y que consisten en reacciones críticas que son consideradas como legítimas por los espectadores.

El primer rasgo existe siempre que un hecho persistente haga que un cierto curso de conducta sea menos elegible para cierto grupo de personas. Por ejemplo, el hecho de que un dedo se queme si se expone al fuego es una razón para no poner el dedo de uno en el fuego.⁶⁰ Únicamente cuando el segundo rasgo existe es posible hablar de normas. Cuando una razón estándar para preferir la realización de un acto a su no realización es la reacción humana voluntaria prevista que sigue a la no realización del acto, hay lugar para emplear el concepto de norma tal y como es explicada en el inciso 1 de este capítulo. En este sentido órdenes respaldadas por amenazas son normas,⁶¹ pero no imponen obligación. Las obligaciones son impuestas únicamente si el tercer rasgo también existe.

En el derecho la existencia del tercer rasgo puede darse por aceptada. La existencia de toda disposición jurídica depende de la existencia del sistema jurídico al cual pertenece y la existencia del sistema jurídico depende de patrones de conducta persistentes y penetrantes de parte de una amplia proporción de la población a la cual éstos se aplican.

⁶⁰ Bentham llama a estos actos 'sanciones naturales'.

⁶¹ Explicado en el inciso 2 de este capítulo.

Es una característica del derecho que la función de las reacciones críticas ha sido sustituida, en grado considerable, por sanciones organizadas. Éstas, claramente satisfacen los dos primeros rasgos mencionados anteriormente —son aplicadas por actos humanos voluntarios como resultado de una violación de deberes jurídicos y, generalmente, constituyen desventajas para la persona contra la cual se aplican, constituyendo, de esta manera, una razón estándar para cumplir con el deber.⁶²

Las sanciones difieren de las reacciones críticas en cuatro aspectos importantes:

(1) Únicamente la privación de derechos o de *status*, imposición de deberes jurídicos, privación de la vida, libertad, salud o posesiones, así como un pequeño número de otras medidas similares, las cuales pueden variar de sociedad a sociedad, son sanciones. Las reacciones críticas incluyen éstas y muchas otras manifestaciones, tal y como se explicó anteriormente.

(2) Es característica del derecho que la aplicación de una proporción significativa de sus sanciones se encuentra garantizada por el uso de la fuerza para impedir posibles obstrucciones. En las reglas sociales, esto puede ser el caso, pero no necesariamente.

(3) La naturaleza de la sanción está determinada con relativa precisión en el derecho y únicamente un pequeño y predeterminado número de sanciones son aplicadas para cada violación de un deber. Es característico de las reglas sociales que la naturaleza de las reacciones críticas por la violación de todo tipo de deber es sólo vagamente determinado por las reglas y no hay ningún límite fijo para el número de reacciones críticas por la violación de un deber. Por supuesto, hay sociedades en las cuales esto es verdad y existen, probablemente, ciertas reglas en toda sociedad para las cuales existen reacciones críticas definidas, determinadas (matar al reo, un boicot social general, etcétera).

(4) La aplicación de sanciones jurídicas está organizada, en el sentido de que las personas obligadas o autorizadas para aplicar sanciones son determinadas por el derecho con mayor precisión de lo que usualmente es el caso en las reglas sociales. Más interesante aún es el hecho de que la aplicación de sanciones es característicamente regulada (aunque no siempre) por hombres cuyo oficio es regular la aplicación de sanciones (tribu-

⁶² Sobre las sanciones, véase: inciso 2, capítulo IV. Kelsen frecuentemente usa el término en un sentido más amplio, el cual incluye reacciones críticas. Siguiendo a Hart, lo uso en el sentido estricto explicado aquí y en el inciso 2, capítulo IV.

nales, policía, etcétera).⁶³ Estos funcionarios no existen bajo reglas sociales las cuales confían la aplicación de medidas punitivas ya sea al agraviado o a las personas que tienen una especial relación con el agraviado, o una especial relación con el que viola el deber (su familia, amigos, etcétera) o al público en general.

Debe observarse que ninguna de estas características puede distinguir a toda sanción jurídica de toda reacción crítica que se da bajo reglas sociales. Tal distinción no existe. Ellas se distinguen porque las sanciones pertenecen a sistemas jurídicos cuya mayoría de sanciones tienen estas características.

Aunque en el derecho las sanciones sustituyen, en gran medida, a las reacciones críticas como hecho característico que da origen a la existencia de deberes, no las reemplazan completamente. Es característica del derecho que las violaciones de deberes jurídicos sean acompañadas por reacciones críticas precisamente porque son violaciones de deberes jurídicos. Es característico del derecho que las violaciones de deberes jurídicos sean acompañadas por reacciones críticas incluso por personas que consideran al derecho malo, aunque no atroz.⁶⁴ Sin duda, la ausencia de tales reacciones críticas no significa que el deber jurídico no exista. No obstante, la existencia de reacciones críticas por parte de los ciudadanos ordinarios puede ser, aun, un factor para determinar el carácter de las disposiciones jurídicas como disposiciones-*D*, *e. g.* ayudando a distinguir entre prohibir un acto y gravarlo impositivamente.

Más importante en este contexto es la reacción crítica de los órganos aplicadores del derecho. Éste es un factor muy importante para determinar que un acto está sancionado o gravado, impositivamente, para distinguir entre una sanción y una medida coactiva administrativa tal como compra obligatoria, destrucción por razones sanitarias, confinamiento por tratamiento médico, etcétera. En los sistemas jurídicos modernos la reacción crítica de los órganos aplicadores del derecho se encuentra, característicamente expresada, en las razones dadas por los tribunales en sus resoluciones. A través de la importancia que los tribunales les atribuyen es como otras fuentes, como los debates parlamentarios, las notas explicativas anexadas a los proyectos o iniciativas gubernamentales, etcétera, adquieren relevancia en este contexto.

⁶³ *Cfr. infra*: capítulo VIII.

⁶⁴ Por supuesto a los individuos les puede ser enseñado que algunas veces, es bueno violar, incluso, buenas disposiciones jurídicas; por ejemplo, para derrocar a un mal gobierno o cambiar el régimen, *i. e.* producir el cambio de algunas disposiciones constitucionales importantes.

Al referirse a la actitud crítica de los órganos aplicadores del derecho uno debe observar con cuidado que hay más de una actitud que establece la existencia de un deber y una sanción. Siempre que una desventaja del tipo apropiado es infligida en un individuo como consecuencia de su conducta y es considerada como necesaria, ya sea como restauración del *status quo*, como compensación por algún daño causado por la conducta del individuo o como castigo (*i. e.* como retribución, prevención, disuasión, corrección, etcétera), la desventaja es una sanción y el acto del individuo es una violación de un deber.⁶⁵ De esta manera, tanto castigos penales como una gran variedad de consecuencias civiles son sanciones que originan deberes.

El hecho de que la naturaleza de una disposición jurídica en tanto disposición jurídica-*D* dependa de reacciones críticas de los tribunales y de otros órganos aplicadores, significa que el carácter y la interpretación del material jurídico puede ser cambiado sin ninguna intervención del autor original del material jurídico.

¿Puede haber deberes jurídicos que no se encuentren respaldados por sanciones? Conforme a la naturaleza de las cosas, aunque la regulación del comportamiento humano a través de la imposición de deberes respaldados por sanciones es efectivo, en muchas circunstancias, no lo es en todas las circunstancias. (¿Qué tanto pueden ser reguladas de esta manera las relaciones laborales en la Gran Bretaña de nuestros días?) Un área que no puede ser regulada efectivamente por la imposición de sanciones es, únicamente, la conducta de los órganos aplicadores y creadores del derecho de alto rango. Esto no es en virtud de ninguna imposibilidad lógica, sino en virtud de la impracticabilidad de tal método en tales circunstancias. En muchas comunidades se acepta que las personas en estos cargos necesiten de una relativa inmunidad por las consecuencias de errores de juicio, así como de acusaciones temerarias, maliciosas o triviales por el mal uso de sus facultades. Más aún, frecuentemente esos funcionarios tienen la facultad de asegurar tal inmunidad para sí mismos. Consecuentemente, en muchos sistemas jurídicos únicamente el mal comportamiento grave de parte de los funcionarios de alto rango es hecho objeto

⁶⁵ La actitud de los tribunales no es el único signo que ayuda a distinguir a las sanciones de otras medidas coactivas jurídicas. Tampoco es el único signo que ayuda a distinguir entre varios tipos de sanciones. Sin embargo, es un factor importante para establecer tales distinciones.

La actitud de los tribunales es también uno de los factores que determina qué acto, entre las condiciones de la sanción, es la violación de un deber (*e. g.* ¿celebrar un contrato o violarlo?) Véase sobre el particular *supra*: incisos 2 y 3, capítulo IV.

de sanciones. Esto no significa que ellos tengan completa discrecionalidad en todos los asuntos que se refieren a sus funciones que no implique esta mala conducta grave.

Así, en muchos sistemas jurídicos siempre que una persona puede, mediante un procedimiento jurídico, producir la anulación o el retiro de una medida oficial (un reglamento, una orden de expropiación, una negativa al otorgamiento de una licencia, etcétera) y, algunas veces, cuando puede obtener compensación del Estado o de algún cuerpo público por daños causados por alguna medida oficial —en tales casos parece apropiado hablar del oficial que tomó esta medida como habiendo violado un deber—. Esto equivale a la afirmación de enunciados normativos de que en muchos sistemas jurídicos los órganos aplicadores y creadores del derecho tienen un deber general de no intentar usar facultades que no poseen y que tienen el deber de ejercitar sus facultades de conformidad con algunos principios generales (*e. g.* investigar completamente los hechos relevantes, oír a ambas partes de la controversia, fundamentar su decisión sobre la base de todas las consideraciones relevantes, etcétera).

Que en algunos sistemas jurídicos existan disposiciones jurídicas que imponen deberes a ministros y a otros funcionarios para no producir reglamentos *ultra vires*, órdenes de expulsión inválidas, etcétera, mientras que no existe ningún deber general similar para no hacer testamentos no válidos, contratos no válidos, etcétera, es una consecuencia de la diferencia en la reacción crítica hacia tales actos. En muchos sistemas jurídicos ciertas formas de mal uso de facultades y de actos *ultra vires* de los funcionarios encuentran reacciones críticas por parte del público en general y de sus representantes, en cuerpos de elección, de parte de los tribunales y de la propia jerarquía administrativa (mediante reprimendas no oficiales, dificultades en la promoción, declaración a la prensa, etcétera). Cuando tales reacciones críticas pueden ser distinguidas de la crítica por ineficacia, por error de juicio, por políticas erróneas, cuando los actos son condenados como siendo 'contrarios a las reglas', como reprobables, independientemente de su éxito o utilidad, entonces las reacciones críticas y la existencia de un remedio jurídico me parece que indican la existencia de una disposición que impone deberes, aunque no se encuentre respaldada por ninguna disposición que establezca una sanción.

En las últimas cuatro o cinco páginas algunas observaciones generales han sido hechas en relación con los deberes jurídicos y a las disposiciones-D, así como con las sanciones, recursos jurídicos y reacciones críticas. Fueron hechas como indicación general del tipo de principios de individuación que, con respecto a las disposiciones-D, serían aceptables y como indica-

ción general de la forma por la cual el material relevante debía ser interpretado.

Muchos problemas han sido pasados por alto y las observaciones hechas aquí son muy generales. Una investigación completa de las disposiciones-D es un tema apropiado para un estudio por separado. Entre las complicaciones que tendrían que ser consideradas en una investigación comprensiva del tema, dos pueden ser brevemente mencionadas aquí:

(a) El problema de las relaciones necesarias entre el ámbito de las disposiciones-D y las disposiciones que establecen sanciones: su ámbito no necesita ser coextensivo. Las sanciones son, algunas veces, inaplicables en virtud de algunas circunstancias justificativas o por inmunidad personal (que no puede ser renunciada), en virtud de un periodo de limitación o en virtud de un alegato de *estoppel*,^a etcétera, ninguno de los cuales afectan el alcance de la disposición-D ni el deber que impone. ¿Cuál es la relación entre el alcance de una disposición jurídica y una disposición que impone sanciones que garantizan la interpretación de la primera como disposición-D?

(b) El problema, de alguna manera similar, de la relación entre deber y responsabilidad, el examen de la responsabilidad por culpa, la responsabilidad absoluta, etcétera. ¿Qué tanto, asumir una obligación conjuntamente o cometer un agravio, afecta las obligaciones que resultan y qué tanto afecta la responsabilidad? Existen muchos problemas similares.

La aplicación de sanciones puede ser prescrita (en cuyo caso es, en sí misma un deber) o permitida. En cualquiera de los casos puede depender del consentimiento, iniciativa o discreción de varias personas (el agraviado, el ministerio público,^b los tribunales, comités de prisiones, etcé-

^a Dentro de la tradición del *common law* por '*estoppel*' se entiende el principio que impide a una de las partes alegar o tratar de probar que un hecho no es como éste parece ser de acuerdo con las circunstancias. Existen tres tipos de *estoppel*: (1) *estoppel of records*, el cual surge cuando un hecho ha sido judicialmente determinado (tal y como aparece en las constancias de autos) y vuelve a surgir en otro asunto entre las mismas partes; (2) *estoppel by deed*, donde hay una afirmación de un hecho en una escritura levantada ante las partes, en cuyo caso ninguna de las partes puede negar ningún hecho que ha afirmado de esta manera; (3) *estoppel in pais*, en que una parte ha hecho, expresa o implícitamente, por conducta o negligencia, la afirmación de un hecho o se ha conducido de manera que puede pensar con base a ello, cuando a la parte que hace la representación no se le permite alegar que el acto es diferente a lo que ha representado. (Cfr. Walker, David. M. *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 1980, pp. 432-433. NT).

^b *Public prosecutor* es la institución homóloga al ministerio público (i. e. al agente del ministerio público en su función de acusador en el proceso penal. NT).

tera). En el próximo capítulo se argumentará que las permisiones para aplicar sanciones constituyen disposiciones jurídicas separadas. Las disposiciones jurídicas que establecen sanciones serán llamadas disposiciones-S. Ahora bien, las disposiciones-S que hagan de la aplicación de una sanción un deber serán llamadas disposiciones-DS. Una disposición-S que meramente permita la aplicación de una sanción será llamada disposición-MS.

Un sistema jurídico puede incluir entre sus disposiciones-S únicamente disposiciones-DS y no disposiciones-MS, sin que por ello se cree un regreso al infinito. Primeramente, porque no toda disposición-D tiene una disposición-S correspondiente y, por tanto, no toda disposición-DS necesita ser respaldada por una disposición-S correspondiente. En segundo lugar, porque una disposición-DS puede prescribir una sanción por la violación de sí misma, así como de otras disposiciones jurídicas.⁶⁶ Finalmente, en virtud de la posibilidad de referencias cruzadas entre disposiciones jurídicas. Considérense las siguientes cuatro disposiciones jurídicas de un sistema jurídico que distingue entre los deberes A y B (*e. g.* de conformidad con la jurisdicción de los tribunales): (a) Todos tienen un deber A de no robar. (b) Todos tienen el deber B de mantener a sus hijos. (c) Todo tribunal A tiene un deber B de castigar toda violación de un deber A. (d) Todo tribunal B tiene un deber A de castigar toda violación de un deber B. Todas las obligaciones impuestas por estas disposiciones jurídicas se encuentran respaldadas por sanciones y ninguna disposición jurídica prescribe una sanción por la violación de deberes que ella impone.

Dado un conjunto aceptable de principios de individuación, pueden ser afirmadas las dos tesis siguientes, referidas a la estructura de los sistemas jurídicos:

- (i) Todo sistema jurídico contiene disposiciones-D.⁶⁷
- (ii) Todo sistema jurídico contiene disposiciones--S.

La primera tesis difícilmente necesita justificarse. La interposición de deberes es la forma primaria y, en muchos aspectos, la más importante, por la cual el derecho realiza su función, consistente en regular y guiar el comportamiento humano. Todas las otras formas por las cuales el derecho realiza su función, como se explicará en el inciso siguiente, dependen

⁶⁶ *Cfr.* Hart. H. L. A. "Self-Referring Laws", *cit.*

⁶⁷ La serie de tesis continua en las páginas posteriores y se distinguen por estar indicadas por numerales en romanitas.

de la imposición de deberes. La segunda tesis se sigue la primera sobre la base de las conclusiones a las que llegamos en este inciso. No es el caso que la existencia de toda disposición-D depende de la existencia de una disposición-S correspondiente (*i. e.* una disposición jurídica que establezca una sanción para la violación de la disposición-D). Pero, la existencia de toda disposición-D cuyos sujetos jurídicos no son funcionarios depende de la existencia de una disposición-S correspondiente. No puede haber ningún funcionario, a menos que existan, también, disposiciones-D dirigidas a no funcionarios. Por tanto, en todo sistema jurídico tiene que haber disposiciones-D dirigidas a no funcionarios y tienen que existir en todo sistema jurídico disposiciones-S que correspondan a tales disposiciones-D.

Sobre la base de estas dos tesis adicionales se puede afirmar:

- (iii) Las relaciones punitivas son relaciones internas.
- (iv) En todo sistema jurídico existen relaciones punitivas internas.

Como ninguna disposición-S puede existir sin una disposición-D correspondiente, toda relación punitiva es una relación interna. Por tanto, y en virtud de la tesis (ii), en todo sistema jurídico hay relaciones punitivas internas.

Las disposiciones-D dirigidas a funcionarios y no respaldadas por disposiciones-S correspondientes, tienen relaciones internas con las disposiciones jurídicas, siempre que existan los recursos cuya existencia es necesaria para la existencia de disposiciones-D. Tales relaciones internas, sin embargo, no necesitan existir en todo sistema jurídico.

5. *Disposiciones jurídicas que confieren facultades*

Las normas son guías de comportamiento. Bentham, Austin y Kelsen pensaron que la única manera por la cual el derecho guía el comportamiento era prescribiéndolo. La explicación de las disposiciones-D en el inciso anterior es una explicación de las normas jurídicas que prescriben comportamiento. Las disposiciones-D son una especie de normas prescriptivas, son normas prescriptivas que son disposiciones jurídicas. Llamo disposiciones-D e, igualmente, normas prescriptivas y no imperativas, para indicar que no necesitan ser creadas por actos hechos con la intención de crear normas. Bentham, Austin y Kelsen adoptaron una teoría imperativa de las normas; todos ellos pensaron que toda norma es una norma

imperativa. Siguiendo a Hart, hemos delineado una explicación de normas prescriptivas que no son necesariamente normas imperativas, pero las cuales, sin embargo, guían el comportamiento humano de la misma forma en que lo hacen las normas imperativas, a saber: a través de la existencia de ciertas razones estándares para su cumplimiento. La naturaleza de estas razones estándares y la forma por la cual, en virtud de ellas, las normas prescriptivas guían el comportamiento y son estándares de su evaluación, han sido explicadas en las secciones anteriores. En este inciso será delineado un concepto de norma que guía el comportamiento sin prescribirlo. Dado lo deseable de que todo acto-situación, guiado por el derecho, deba ser considerado el núcleo de una disposición jurídica separada, la existencia de tales normas hace posible la existencia de algún otro tipo de disposiciones jurídicas, las cuales pueden ser llamadas: 'disposiciones jurídicas que confieren facultades' o disposiciones-F. Toda disposición-F es una norma, *i. e.* guía el comportamiento humano. La explicación ofrecida aquí de la naturaleza de las disposiciones-F, en tanto normas, se basa en varias consideraciones hechas por Hart en *The Concept of Law*.⁶⁸

Al discutir la existencia de un tipo de normas dos clases de consideraciones deben ser distinguidas. Las consideraciones ontológicas determinan si hay fundamentos suficientes para postular entidades abstractas. Las consideraciones normativas determinan si estas entidades son normas. Por ejemplo, se ha argumentado en los incisos 2 y 3 del presente capítulo que las órdenes, en lo que a las consideraciones normativas se refieren, pueden ser consideradas como normas; sin embargo, cabe dudarse si hay una justificación ontológica para considerarlas como entidades del tipo relevante. Las consideraciones ontológicas y normativas deben ser complementadas por consideraciones lingüísticas que determinen qué términos son más apropiados para describir las normas respectivas y describir las ocasiones apropiadas a las cuales tales normas son referidas en el discurso ordinario. A través de todo este estudio, diré muy poco sobre consideraciones lingüísticas.

Hart explica que:

... Existen clases importantes de disposiciones jurídicas en que... (la analogía con las órdenes respaldadas por amenazas falla por completo, puesto que realizan una muy diferente función social. Las reglas jurídicas que definen las formas por las cuales los contratos, testamentos o

⁶⁸ Véase especialmente: pp. 27-33, 40-41, 78-79 y 92-94. (Cfr. *El concepto de derecho, cit.*, pp. 34-42, 51-53, 101-102 y 117-120. NT).

contratos válidos son hechos no requieren que las personas actúen de ciertas maneras si quieren o no. Tales disposiciones jurídicas no imponen deberes u obligaciones. Por el contrario, proporcionan a los individuos medios^c para realizar sus deseos . . .⁶⁹

Hart sostiene aquí dos muy importantes argumentos: Hay disposiciones jurídicas que confieren facultades y estas disposiciones jurídicas son normas; guían la conducta proveyendo a los individuos medios para realizar sus deseos.

El segundo punto es gravemente indeterminado por Hart cuando procede a distinguir entre reglas que determinan capacidades para ejercitar facultades, reglas que especifican las formas y procedimientos para ejercitar facultades, y reglas que delimitan la duración de la estructura de derechos y obligaciones creados mediante el ejercicio de tales facultades.⁷⁰ Más adelante Hart menciona como de la misma categoría las reglas que especifican la materia sobre la cual un cierto legislador tiene la facultad de legislar, reglas que especifican las cualificaciones e identidad de los miembros de los cuerpos legislativos, y las reglas que especifican la forma y procedimiento de legislar.⁷¹ Me parece que ninguna disposición jurídica de estos tipos es una norma, tampoco es claro en qué principios de individuación y por qué razones deben ser consideradas como disposiciones jurídicas y no como partes de disposiciones jurídicas. Si ellas son disposiciones jurídicas, ellas son disposiciones jurídicas que no son normas, pero que guardan relaciones internas con las normas jurídicas (en estos casos con disposiciones-F) y derivan su relevancia jurídica, si es el caso, de su efecto sobre la interpretación y aplicación de tales normas jurídicas. Tales disposiciones jurídicas serán explicadas en el próximo capítulo. Esta sección se ocupa exclusivamente de las normas jurídicas que no son disposiciones-D.

Hart se refiere en el pasaje transcrito a la 'función social' de las disposiciones jurídicas. Esta frase tiene, al menos, dos sentidos. De acuerdo con el primero, el cual considero el sentido más apropiado de emplear la frase, se refiere a los efectos sociales de una disposición jurídica (efectivos o diseñada). En este sentido, se puede decir que la función diseñada

^c En el original se usa la expresión '*facilities*'. Genaro Carrió, en la versión española (*op. cit.*), conserva la expresión '*facilidades*' (p. 35.) NT.

⁶⁹ *The Concept of Law, cit.*, p. 27. (Cfr. *El concepto de derecho, cit.*, p. 35. NT).

⁷⁰ Cfr. *The Concept of Law, cit.*, p. 28. (Cfr. *El concepto de derecho, cit.*, pp. 35-36. NT).

⁷¹ Cfr. *The Concept of Law, cit.*, p. 31. (Cfr. *El concepto de derecho, cit.*, pp. 39-40. NT).

de una disposición jurídica es facilitar transacciones de bienes inmuebles o desalentar a las mujeres casadas a continuar trabajando. De acuerdo con el segundo sentido la frase se refiere a la 'función normativa' de las disposiciones jurídicas. En este sentido, todas las disposiciones-D tienen únicamente un tipo de función —prescribir un cierto curso de conducta—. La función normativa de las disposiciones-F es proporcionar a los individuos medios para realizar sus deseos. Las disposiciones jurídicas que especifican un procedimiento por medio del cual ciertas facultades (*e. g.* testar) pueden ser usadas (*e. g.* únicamente por escrito) tienen funciones sociales (*e. g.* evitar fraude), pero no tienen ninguna función normativa, toda vez que ellas, por sí mismas, no proporcionan medios. Ellas no confieren facultades y no son normas. Este inciso se ocupa de la explicación de la función normativa de las disposiciones-F.

Las disposiciones-D y otras normas prescriptivas guían la conducta prescribiéndolas. Prescriben el comportamiento en virtud de que su existencia implica la existencia de hechos que (a) constituyen una razón para realizar la conducta prescrita en las ocasiones en las cuales la norma se aplica y (b) son causados por reacción humana por la no realización de la conducta prescrita en tales ocasiones; su existencia depende también de la conducta de una amplia proporción de la población. Esta caracterización es verdad de toda norma prescriptiva, independientemente de si impone un deber o no.

Las normas prescriptivas pueden ser consideradas como un tipo especial de normas-O. Lo que sigue es simple esbozo de un análisis parcial de tres pasos de las normas-O. Que sea Z el acto-situación de algunas personas que hacen A_1 en C_1 y Y el acto-situación de algunas personas que hacen A_2 en C_2 y que P sea cualquier estado de cosas genérico. La forma general de una norma-O puede ser representada como $Z \vdash B$. Esta expresión puede ser leída: al hacer A_1 en C_1 un agente tiene un poder-O sobre P (o para hacer P). Una norma-O confiere un poder-O sobre los sujetos normativos.

Primer paso: La existencia de razones estándares. Supongamos que las siguientes razones son satisfechas:

- (1) La ocurrencia de una instancia de Z proporciona alguna considerable probabilidad para la subsecuente ocurrencia de una instancia de P .
- (2) El agente (*i.e.* la persona que realiza Z en cualquier ocasión) usualmente sabe de (1).

(3) La ocurrencia de P que sigue una instancia de Z es, muy frecuente, ya sea deseable o bien indeseable para los ojos del agente.

Cuando estas tres condiciones son satisfechas uno puede decir que P es una razón estándar para realizar o no realizar Z . Es significativo que P sea, algunas veces, una razón para realizar Z y, algunas otras, una razón para no realizarla. Por ejemplo, supóngase que P es que una estancia está siendo calentada y que Z es encender un calentador eléctrico. Que P es probable que siga Z es, algunas veces, una razón para hacer Z ; algunas veces, para no hacerlo. Éste es un muy simple ejemplo por dos razones: (1) hacer Z no tiene ninguna otra consecuencia que sea usualmente considerada por el agente como ventajosa o desventajosa. (2) Las ventajas y desventajas de P para los ojos de la mayoría de los agentes en la mayoría de las ocasiones son de naturaleza similar —la necesidad de los seres vivos de un cierto grado de calor en su entorno—. Otras situaciones en las cuales las condiciones se satisfacen son de naturaleza similar, aunque más complejas.

Segundo paso: situaciones prenormativas. Supongamos que las primeras tres condiciones, así como las siguientes son satisfechas:

(4) P es idéntica a Y o a una consecuencia de la realización de toda instancia de Y y una instancia de Y es probable que siga a toda realización de una Z .

(5) La realización de una Z es una razón para la realización de una Y o parte del motivo de la realización.

(6) El agente (de Z) sabe que las condiciones (4) y (5) son satisfechas.

Cuando estas condiciones son satisfechas puede decirse que realizar Z causa la realización de Y y, por tanto, causa P . La realización de una Y tiene alguna ventaja para el agente de Z cuando P es considerada por él como ventajosa y tiene cierta desventaja para él cuando P es desventajosa para él. Que Y y que P probablemente sigan la realización de Z es, algunas veces, una razón para realizar y, otras, para no realizar Z . Quiere decirse que en virtud de su habilidad para realizar o no realizar Z un agente tiene algún control sobre la ocurrencia de Y y de P . En tales casos se diría que el agente tiene un poder-O sobre Y y sobre P . Tales situaciones prenormativas existen cuando, por ejemplo, una persona pide a otra encender el calentador o bien le ordena hacerlo en circunstancias que hacen la conformidad probable. Otro ejemplo sería un caso en que un invitado se pone su abrigo dentro del cuarto de su anfitrión sabiendo que esto hará que éste encienda la calefacción.

Tercer paso: La existencia de normas. Supongamos que además de las primeras seis condiciones las siguientes son satisfechas:

(7) La realización de instancias de *Y* como consecuencia de la realización de instancias de *Z* implica, en varias ocasiones, la participación activa o la aquiescencia de una amplia proporción de los miembros de una cierta población.

(8) Es ampliamente sabido por la población que la condición (7) es satisfecha.

Cuando todas las ocho condiciones son satisfechas consideraciones normativas justifican hablar de la existencia de una norma. De esta manera, se puede decir que en una cierta población hay una norma que confiere a los miembros de la población poder-O para obtener comida pidiéndola para sus hijos, siempre que usualmente este requerimiento sea satisfecho y el resto de las condiciones se satisfagan, aun si no existe ninguna obligación de parte de la población para hacer caridad en tales circunstancias. Que nosotros no hablamos frecuentemente de la existencia de normas en tales circunstancias se debe a consideraciones ontológicas y lingüísticas, no a consideraciones normativas.⁷²

Las normas prescriptivas pueden ser definidas sobre la base de normas-O de la manera siguiente:

Que '*Z*' signifique la no realización de *Z*, '*Z !P*' léase: '*Z* es prescrita bajo pena de *P*' y '*Z!*' léase '*Z* es prescrita'.

Definición: '*Z !P*' significa lo mismo que '*-Z + P*' siempre que *P* sea habitualmente considerada por el sujeto normativo como una desventaja para él cuando ocurre como consecuencia de no haber realizado *Z*.

Definición: '*Z!*' significa lo mismo que ' $(\exists P)Z !P$ '.

De esta manera explicadas, las normas prescriptivas son vistas como constituyendo únicamente un caso especial de normas-O. Las normas-O guían el comportamiento; pero, algunas de ellas, no lo guían en una direc-

⁷² Mi afirmación de que he analizado un tipo importante de normas, que llamo normas-O, ciertamente levanta algunas dudas. Estas dudas, creo, no pueden ser resueltas, sin tratar de precisar los argumentos muy generales sostenidos aquí. Sin embargo, debe observarse que para los propósitos del estudio de las normas jurídicas es suficiente con aceptar estos argumentos como formando únicamente una caracterización parcial de las normas-O. Es suficiente considerarlas como condiciones necesarias, aunque no suficientes, para la existencia de normas de cierto tipo. La explicación que se da más adelante de las disposiciones-FR y de las disposiciones-FL incluyen otras condiciones (*i. e.* ciertas relaciones internas con disposiciones-D) las cuales, en cualquier caso, justifican considerar a las disposiciones jurídicas de estos tipos como normas-O.

ción definida. La existencia de una norma-O es, algunas veces, una razón para realizar el acto normativo, algunas otras una razón para no realizarlo, puesto que su consecuencia probable es, algunas veces, ventajosa y, algunas veces, desventajosa. Cuando las consecuencias probables por realizar el acto normativo son, en todas las ocasiones, desventajosas, entonces su no realización es prescrita.

Ese grueso esbozo de análisis de normas-O y de sus relaciones con normas que prescriben necesita ser refinado y desarrollado en muchos puntos. Esto, sin embargo, es una tarea para la teoría general de las normas. Para los propósitos de este estudio es suficiente con presentar el concepto en un simple esbozo. Las normas-O dependen de ampliamente conocidas y uniformes reacciones humanas al comportamiento humano. Es natural suponer que la uniformidad de reacciones presupuestas por las normas-O no es una mera coincidencia. Cuando las personas usualmente reaccionan en el mismo sentido en las mismas circunstancias es probable que ellos lo hagan por razones similares. Tales razones pueden ser sus opiniones sobre lo bueno y lo malo, sus ideas sobre el bien de la comunidad o su propio bien, etcétera.

Una razón posible para una uniformidad de reacción puede ser que la reacción es, en sí misma, un deber. Que haciendo Z algunas personas tengan el poder-O sobre P puede deberse al hecho de que Y , la cual produce P es, en sí misma, prescrita por otra norma, *i. e.* que Y ! *cuando* Z sea una norma. Cuando éste es el caso, hay una relación interna entre las dos normas puesto que, por un lado, la norma-O existe en virtud de la existencia de una norma prescriptiva y, por el otro, regula la aplicación de la norma que prescribe. En otras palabras, la identidad de las personas que están obligadas a comportarse de cierta manera por la norma que prescribe y las circunstancias en las cuales ellos están obligados a hacerlo, pueden ser afectadas por el ejercicio de poderes-O conferidos por la norma-O. Tal relación interna entre una norma-O con una norma que prescribe será llamada 'relación regulativa'. Siempre que una norma-O tenga una relación regulativa con una norma prescriptiva, la norma-O es propiamente descrita como confiriendo facultades para regular la aplicación de ciertos deberes por instancias de un cierto acto-situación. Las normas-O de estos tipos serán llamadas normas-FR (y si son normas jurídicas: disposiciones-FR) y los poderes que confieren serán llamados poderes-FR o poderes regulativos.

Las disposiciones-FR se mantienen en una relación regulativa con las disposiciones-D cuya aplicación regulan. Al igual que las otras normas-O

no prescriptivas, guían el comportamiento sin hacer que un curso de comportamiento sea más elegible que su omisión cuando ciertas circunstancias son el caso, sino estipulando ciertas consecuencias de ciertos actos los cuales, algunas veces, hacen sea ventajosa la realización de estos actos y, en otras ocasiones ventajoso no realizarlo.

Las disposiciones-FR son de gran importancia en el derecho, pero usualmente son de mucha mayor complejidad que las disposiciones-FR descritas. Usualmente regulan, también, la aplicación de más de una disposición-D y, frecuentemente, regulan la aplicación de más de una disposiciones-D a la vez, *i. e.* regulando la aplicación de otras disposiciones-FR las cuales, a su vez, regulan la aplicación de disposiciones-D.

Considérense, por ejemplo, disposiciones jurídicas que confieren facultades a funcionarios para casar a las personas. Estas disposiciones dependen, en cuanto a su efecto jurídico, de otras disposiciones jurídicas que crean el *status* de casados, esto es, disposiciones jurídicas que imponen deberes y confieren facultades a las personas casadas. Estas disposiciones que confieren facultades, a su vez, dependen, en cuanto a sus efectos jurídicos, de otras disposiciones jurídicas cuya aplicación regulan.

Las disposiciones jurídicas que confieren facultades para transmitir el dominio de un bien o para declarar el estado de emergencia, operan de manera similar; colocando a ciertas personas bajo la aplicación de ciertas disposiciones jurídicas por las cuales se confieren facultades o se les priva de facultades, se les imponen deberes o se les libera de deberes, etcétera.

Las relaciones regulativas serán analizadas más en el próximo capítulo en que las relaciones de las disposiciones-FR con otras disposiciones jurídicas serán examinadas más detenidamente. La anterior explicación sustancia la afirmación de que las disposiciones-FR son normas, toda vez que guían el comportamiento. El hecho de que al hacer ciertos actos uno transmite la propiedad de uno es, algunas veces, una razón para hacer estos actos; en otras ocasiones es, justamente, una buena razón para no hacerlo.

Las disposiciones-FR son, justamente, un tipo de normas-O; se caracterizan por el hecho de que la reacción por la realización del acto normativo es prescrito por otra norma la cual tiene que coexistir con la disposición-FR si esta última debe, en algún sentido, tener algún efecto. Hay otro tipo de norma-O que debe ser mencionado. Normas que confieren facultades legislativas o, como serán llamadas: normas-FL. Se caracterizan por el hecho de que la reacción hacia la realización del acto normativo está prescrito por otras normas, pero éstas no existen cuando la norma-FL es

creada; son creadas por los mismos actos normativos de la norma-FL. Las disposiciones-D que imponen los deberes que son transferidos de una persona a otra cuando la propiedad es transferida, existen desde antes de la transmisión de propiedad y únicamente por éstas existen las disposiciones-FR que confieren facultades para transmitir la propiedad tienen significado jurídico. Los deberes impuestos a una persona cuando celebra un contrato son prescritas únicamente por el propio contrato, por una norma creada por este acto, no por una norma preexistente. Las disposiciones-FL que confieren facultades-FL para celebrar contratos no dependen, en cuanto a su significación jurídica se refiere, de la eficiencia de otras disposiciones jurídicas. La disposición-FL tiene relevancia aún antes de que alguna disposición jurídica haya sido creada sobre su base. Su relevancia reside en que confiere facultades para crear nuevas disposiciones jurídicas.

Similarmente, al declarar un estado de emergencia el ministro competente regula la aplicación de disposiciones jurídicas que no ha creado y que tienen que haber existido antes de su declaración si es que ésta tiene algún efecto. Por otro lado, al crear un reglamento un ministro no regula la aplicación de algunas disposiciones jurídicas anteriormente existentes; crea una nueva disposición jurídica. Los deberes que impone son prescritos por una disposición jurídica creada por él en esa ocasión, no por una disposición jurídica ya existente.

Las disposiciones jurídicas creadas mediante el ejercicio de facultades legislativas conferidas por una disposición-FL tienen una relación interna con esta disposición, relación de un tipo que será llamado 'relaciones genéticas'. Las siguientes dos tesis pueden afirmarse; aunque en la medida que se ocupan de contenido o complejidad mínima de los sistemas jurídicos, no serán defendidas aquí:

- (v) En todo sistema jurídico hay disposiciones-FL.
- (vi) En todo sistema jurídico hay disposiciones-FR.

La primera de estas tesis será considerada nuevamente en el capítulo VIII, donde se argumentará que todo sistema jurídico contiene tribunales dotados de facultades legislativas. De estas tesis (vi) se sigue que:

- (vii) En todo sistema jurídico hay relaciones genéricas entre disposiciones jurídicas.
- (viii) En todo sistema jurídico hay relaciones regulativas entre disposiciones jurídicas.

La tesis (viii) se sigue directamente de (vi). La tesis (vii) se sigue de (v) y del hecho de que, aunque no es el caso que para toda disposición-FE haya otras disposiciones jurídicas creadas mediante el ejercicio de las facultades que confiere, hay algunas disposiciones-FL, en virtud de las cuales hay tales disposiciones jurídicas, las cuales guardan relaciones genéticas con aquéllas.

Las disposiciones-FL y las disposiciones-FR tienen esto en común: Ambas guían el comportamiento, pero no en la misma dirección en cada ocasión a la que ellas se aplican. Algunas veces su existencia es una razón para realizar el acto normativo, algunas veces es una razón para no realizarlos. Por tanto, ambas son llamadas disposiciones que confieren facultades: disposiciones-F. Los sistemas jurídicos contienen únicamente dos tipos de normas, disposiciones-F y disposiciones-D. Entender su función e interrelaciones es una parte importante del entendimiento de la estructura y función de los sistemas jurídicos. Es esencialmente esto lo que Hart alega cuando dice que en la combinación entre reglas primarias y secundarias se encuentra la llave de la ciencia de la jurisprudencia.⁷³ La explicación sugerida anteriormente sobre las disposiciones-D y sobre las disposiciones-F así como sobre sus relaciones es una explicación de ese *dictum*. En algunos aspectos esta explicación difiere de la de Hart sobre las reglas secundarias y su relación con las reglas primarias:

(1) Hart considera que todas las disposiciones jurídicas en un sistema jurídico son, o bien, reglas primarias, o bien, secundarias. En el próximo capítulo se argumentará que aunque las disposiciones-D y las disposiciones-F son los únicos tipos de normas jurídicas, hay otros tipos de disposiciones jurídicas que no son normas.

(2) En el capítulo VIII se argumentará que la regla de reconocimiento no es una disposición-F, sino una disposición-D, por ello es incorrecto decir que las disposiciones jurídicas-F corresponden a las reglas secundarias de Hart.

(3) Hart sostiene que las reglas secundarias “puede decirse que se encuentran en un diferente nivel de las reglas primarias, puesto que todas ellas son *acerca* de tales reglas; en el sentido de que mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos tienen o no tienen que hacer, estas reglas secundarias todas se ocupan de las mismas reglas primarias.”⁷⁴ Esto parece un modo más bien desafortunado de describir

⁷³ Cfr. *The Concept of Law*, cit., p. 79. (En el original erróneamente se señala la p. 78. Cfr. *El concepto de derecho*, cit., pp. 101-102. NT).

⁷⁴ *The Concept of Law*, cit., p. 92. (Cfr. *El concepto de derecho*, cit., p. 117. NT).

la situación. Aunque las normas secundarias y las disposiciones-F tienen relaciones internas con las reglas primarias y las disposiciones-D respectivamente, ellas no son acerca de aquéllas, sino 'acerca' del comportamiento humano que ellas guían, como lo hacen las reglas primarias y las disposiciones-D, aunque en una dirección indefinida.

(4) Hart no distingue entre disposiciones-FL y disposiciones-FR, distinción que es de la más grande importancia. Hart dice, por ejemplo, que las actividades de celebrar un contrato o transmitir propiedad pueden benéficamente ser consideradas como actos legislativos de un alcance limitado.⁷⁵

Anteriormente se sostuvo, que únicamente las facultades para celebrar contratos son facultades legislativas, mientras que las facultades para transmitir propiedades son facultades regulativas o facultades-FR.

Únicamente Bentham se percató de la total importancia de la distinción entre facultades legislativas y regulativas (las llamaba facultades legislativa y agregativa), aunque no intentó establecer una distinción correspondiente entre tipos de disposiciones jurídicas. Aun Bentham no pudo proporcionar un criterio exacto para decidir qué tipo de facultad es cada una. No intento aquí abordar este problema puesto que no admite ninguna solución fácil ni su explicación permite a un estudio introductorio como éste.

(5) El concepto de reglas de decisión de Hart será examinado en el capítulo VIII. Pueden ser tratadas mejor no como un tipo especial de reglas secundarias, a la par con las reglas de cambio, sino como una subclase especial de disposiciones-FL o de reglas de cambio.

a) *Notas sobre las disposiciones jurídicas de obediencia*

Bentham y Austin consideran al menos algunas disposiciones jurídicas que autorizan legislación como disposiciones jurídicas de obediencia.⁷⁶

⁷⁵ Cfr. *The Concept of Law*, cit., p. 94. (Cfr. *El concepto de derecho*, cit., p. 120. NT).

⁷⁶ En el original dice 'rules of adjudication'. En derecho inglés como en el derecho de Estados Unidos por 'adjudication' se entiende el acto de decidir o resolver una controversia judicialmente. (Cfr. Walker, D. M., *Oxford Companion to Law*, cit., p. 24.) *The Judgement or decision of a court* (Jowitt, E., *The Dictionary of English Law*, Londres, Sweet and Maxwell, Ltd., 1959, t. 1, p. 57). Hemos evitado usar el término 'adjudicación' porque éste significa dentro de nuestra tradición jurídica: "La apropiación o aplicación que en herencias y particiones públicas o subastas suele hacerse de una cosa mueble o inmueble, de viva voz o por escrito, a favor de alguno, con autoridad del juez" (Escrive, J. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 2ª ed. París, Librería de Garnier Hermanos, 1876, p. 89). Por 'adjudicar' se entiende

He sugerido anteriormente que todas estas disposiciones jurídicas deben ser consideradas como disposiciones-FL. Las razones para preferir disposiciones-FL a las disposiciones jurídicas de obediencia como una explicación de los conceptos de disposiciones jurídicas que autorizan la legislación son delineadas en seguida.

Siempre que un enunciado de la forma (1) ' x tiene facultades legislativas para legislar disposiciones jurídicas haciendo A en C ' es verdadero, hay un enunciado de la forma (2) 'y tiene un deber de (o debe) obedecer a x si éste hace A en C ' que es verdadero y es implicado por el primer enunciado, y lo implica. Los enunciados de la forma (1) pueden ser considerados como la descripción estándar de las disposiciones-FL, si se decide aceptar esa categoría de disposiciones jurídicas. Los enunciados de la forma (2) pueden ser considerados como la descripción estándar de las disposiciones jurídicas de obediencia, si se decide aceptar esta categoría de disposiciones jurídicas.

El hecho de que enunciados de este tipo puedan ser arreglados en pares de enunciados recíprocamente implicados significa que si las disposiciones-FL son, como ha sido sostenido, una explicación de las disposiciones que autorizan legislación, de la misma manera lo son las disposiciones jurídicas de obediencia, y viceversa, ¿Cuáles son las razones para preferir disposiciones-FL como una explicación de las disposiciones que autorizan legislar? ¿Por qué no debemos postular tanto disposiciones-FL y disposiciones jurídicas de obediencia?

El deseo de evitar redundancia y ser fiel a la concepción ordinaria del derecho nos guía hacia el rechazo de la última posibilidad. Usualmente pensamos que la autorización de legislar implica únicamente una y no dos disposiciones jurídicas. Más aún, como cualquier par de enunciados puede

"declarar el juez a uno de viva voz o por escrito la pertenencia de alguna cosa" (Esriche, *J. op. ul. cit.*, p. 90). Esto es, la adjudicación es una decisión autoritativa (dotada de un carácter de autoridad) generalmente judicial (o notarial) con efecto traslativo de dominio. Desde Roma se entiende por 'adjudicación' (*adjudicatio*): "La parte de la fórmula por la cual el juez estaba autorizado a adjudicar (*adjudicare*) el objeto a las partes de un proceso de las llamadas acciones divisorias (*actio communi dividundo*, *actio familiae erciscundae*). Además de las controversias referidas a la división de la propiedad común, la *adjudicatio* del juez aparece también cuando adjudica la propiedad de alguien a otro o al fisco" (Berger, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Filadelfia, The American Philosophical Society, 1968, p. 349). La versión francesa de *The Concept of Law* de H. L. A. Hart traduce 'adjudication' por 'decisión' (*judiciaire*) y 'rules of adjudication' por 'regles de decision' (Cfr. *Le concept de droit*, Bruselas, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 122). La versión española usa la expresión 'adjudicación'. Cfr. *El concepto de derecho. cit.*, p. 120. NT.

ser derivado del otro, es suficiente con postular la existencia de una disposición jurídica de forma a establecer la verdad de ambos enunciados. Por otro lado, es deseable que todo acto-situación regulado por el derecho deba ser el núcleo de una disposición jurídica separada. Las disposiciones jurídicas que autorizan legislar guían tanto el comportamiento del legislador autorizado como el comportamiento de los súbditos potenciales de sus disposiciones jurídicas. Enunciados del primer tipo describen la manera por la cual es guiada la conducta del legislador, mientras que los enunciados del segundo equipo describen cómo es afectado el comportamiento de los súbditos potenciales de sus disposiciones jurídicas. Hay, por tanto, un caso para postular tanto disposiciones jurídicas de obediencia, como disposiciones-FL.

Aquí hay un conflicto de requerimientos generales que puede ser resuelto únicamente sopesando las consideraciones en conflicto una contra la otra.

En virtud de que la redundancia en este caso es muy amplia —un solo enunciado implica al otro y la implicación es mutua—, sugiero que únicamente un tipo de disposiciones jurídicas deba ser postulado. Prefiero postular disposiciones-FL por dos razones: primeramente, ésta es la manera usual en la que estamos acostumbrados a pensar sobre el derecho. En segundo lugar, parece que la conducta del legislador autorizado es guiada mediante la autorización de la legislación en un modo más directo e inmediato que la conducta de los súbditos potenciales de sus disposiciones jurídicas; puesto que, en un sentido, ellos serán afectados únicamente si aquél usa sus facultades y crea disposiciones jurídicas.

La discusión en este inciso se centró sobre disposiciones jurídicas que autorizan legislar, *i. e.* la creación de disposiciones jurídicas por actos que intentan crear disposiciones jurídicas. Otros actos humanos pueden también crear derecho si son autorizados por el derecho⁷⁷ y la disposición jurídica que autoriza puede ser similarmente tratada.

⁷⁷ *Cfr. supra*: inciso 3, capítulo III.