

El concepto de Derecho.
Hart.

Capítulo I
Preguntas persistentes.

1. Perplejidades de la teoría jurídica.

Se pregunta por: ¿Qué es el derecho?, y mientras trata de darnos un significado dice que esta pregunta “no encuentra paralelo en ningún otro tema estudiado en forma sistemática como disciplina académica autónoma”. El derecho, para Hart, crea a los tribunales y legislaturas, pues solo cuando hay ciertos tipos de normas jurídicas que acuerdan a los hombres jurisdicción para decidir casos y autoridad para dictar reglas se constituye un tribunal o una legislatura. **Respecto a la pregunta hecha prefiere posponer la respuesta hasta poder descubrir que es lo que ha desconcertado a los que la trataron de contestar.**

2. Tres problemas recurrentes.

Presentara tres problemas generados que luego llevan a presentarse junto a la forma de exigencia de una definición del derecho.

Dos de estos problemas surgen de la siguiente manera. La característica general más destacada del derecho, en todo tiempo y lugar, es que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos sino obligatorios, en algún sentido.

1) **El sentido primero y más simple, en que la conducta ya no es optima, se presenta cuando un hombre se ve forzado a hacer lo que otro le dice, no porque sea compelido físicamente en el sentido de que se actúa sobre su cuerpo, sino porque el otro lo amenaza con consecuencias desagradables si se rehúsa a hacer lo que este quiere.** Este sentido se ve expresado en leyes penales. Pero por atractiva que pueda parecer esta reducción de los complejos fenómenos del derecho a este elemento simple, cuando se la examina de cerca constituye una deformación y una fuente de confusión aun en el caso de una ley penal, en el que un análisis en estos términos simples parece ser más plausible. **En este caso la pregunta sería: ¿en que difieren el derecho y la obligación jurídica de las órdenes respaldadas por sanciones?**

2) El segundo problema surge de la manera en que la conducta puede ser no optativa sino obligatoria. **Las reglas morales imponen obligaciones y excluyen áreas de conducta de la libre elección del individuo para comportarse como le place.** Tal como un sistema jurídico contiene obviamente elementos estrechamente conectados con los casos simples de órdenes respaldadas por amenazas, es así en forma igualmente obvia, contiene elementos estrechamente conectados con ciertos aspectos de la moral. **El derecho y la moral coinciden en el lenguaje pero no siempre son lo mismo.** Estos hechos sugieren el punto de vista de que el derecho es una rama de la moral o de la justicia y que es su congruencia con los principios de la moral o la justicia y no el hecho de que constituye un cuerpo de órdenes y amenazas, lo que hace a su “esencia”. Esta es la corriente que critica al positivismo. **Esta concepción del derecho lleva a confundir las leyes morales con las jurídicas.**

3) El tercer problema es aquel que considera que el derecho consiste “en reglas” tantos los que consideran que el derecho se respalda en órdenes respaldadas por amenazas, como aquellos que ven su relación con la moral o la justicia, hablan de que el derecho

como algo que contiene reglas y principalmente compuesto de ellas. Pero no se suelen plantear que son estas, que significa su existencia, y si se aplican o no. Lo cierto es que algunas son creadas por vía legislativa o no son creadas mediante ningún acto deliberativo. **La primera explicación que se debe abandonar de regla obligatoria, es aquella que sostiene que la regla es el comportamiento que “generalmente” siguen las personas (o un grupo) en ciertas circunstancias. Alguien puede hacer cosas regularmente sin que haya nadie que lo exija. Lo que da esa definición es la definición de “conducta convergente, no de regla social.** Una regla social incluso usa otro vocabulario como: “tener que” y “deber”. Las reglas a su vez se pueden dividir en jurídica y no jurídica, la diferencia es que la primera tiene consecuencias predecibles y esta oficialmente organizada; y la segunda no. Los tribunales estructuran sus decisiones como para dar la impresión de que ellas son las consecuencias de reglas predeterminadas cuyo significado es fijo y claro. En casos muy simples esto puede ser así; pero en la amplia mayoría de los casos que se ventilan ante los tribunales, ni las leyes ni los precedentes en lo que, según se pretende, están contenidas las reglas, permiten un único resultado. En los casos más importantes hay siempre elección. **La concepción del derecho que ve en él esencialmente una cuestión de reglas cae en una concepción grosera y errónea, y lleva a decir que las leyes son la fuente del derecho y no parte del derecho mismo.**

3) Definición.

Se trataran tres problemas recurrentes.

- a) ¿En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, y que relación tiene con ellas?
- b) ¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y que relación tiene con ella?
- c) ¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas?

No hay nada que sea suficientemente conciso que satisfaga a la definición del derecho.

La deficiencia de la concepción del derecho como “mandato” (impulsada por Austin) y su respectiva crítica se verá en los próximos tres capítulos.

Aclara que su objetivo no es dar una definición de derecho, sino hacer avanzar a la teoría jurídica, y una comprensión de semejanzas y diferencias del derecho con la coerción, la moral, como tipos de fenómenos sociales. Esto se verá en los capítulos V y VI.

Capítulo II

Normas jurídicas, Mandatos y Órdenes.

II. Variedad de imperativos.

La posición que seguirá, en lo sustancial es igual a la de Austin, pero se diferencia en ciertos puntos. Su atención no esta puesta en el, sino en la credenciales que esta teoría ofrece.

Comienza con un ejemplo en que muestra que un asaltante no da órdenes, sino que coacciona (por la violencia); pues la orden implica algún derecho o autoridad. Luego continúa... “Aunque a menudo las palabras “orden” y “obediencia” pueden parecer ligadas a una cierta sugerión de autoridad y respeto, usaremos las expresiones “órdenes respaldadas por amenazas” y “órdenes coercitivas” para aludir a órdenes que, como la del asaltante, están apoyadas únicamente en amenazas, y utilizaremos las palabras “obediencia” y “obedecer” para

referirnos al cumplimiento de tales ordenes". Para que haya un mandato no es necesario que haya una amenaza latente de daño para el supuesto de desobediencia. **Mandar es característicamente ejercer autoridad sobre hombres, no el poder causar daño, y aunque puede ir combinado con amenazas de daños, un mandato no es primariamente una apelación al miedo sino al respeto a la autoridad.** Este es uno de los errores de Austin que llama mandato a la amenaza del asaltante y no el respeto a la autoridad que está mucho más cerca de la idea de derecho. La noción de mandato está cerca de la noción de derecho.

II. El derecho como órdenes coercitivas.

En forma primaria, pero no exclusiva, el control jurídico es un control mediante directivas que en este doble sentido son generales. Esta es la primera característica que tenemos que añadir al modelo simple del asaltante, para que produzca las características del derecho. **Ordenar a los demás que hagan ciertas cosas es una forma de comunicación e implica realmente dirigirse a ellos, es decir, atraer su atención o hacer lo necesario para atraerla,** pero dictar normas jurídicas para los demás, no. Puede ser ciertamente deseable que las normas jurídicas sean puestas en conocimiento de aquellos a quienes se aplican, inmediatamente después de ser dictadas. El propósito del legislador al crear normas se frustraría si no se procediera así en la generalidad de los casos, y los sistemas jurídicos disponen comúnmente, mediante reales especiales sobre promulgación, que tal cosa se lleve a cabo. **Pero las normas jurídicas pueden ser completas en cuanto tales antes de ser publicadas y aunque no se las publique. En este aspecto, dictar normas jurídicas difiere de ordenar a los demás hacer cosas, y tenemos que tener en cuenta esta diferencia al usar esta idea simple como un modelo para el derecho.** (Yo: Hart diferencia aquí en que dirigir es dar a manifestar una orden –cara a cara-, y no dirigir –como usan otros- en tanto a quienes hace referencia una norma jurídica).

Otra diferencia con el caso del asaltante es la brevíssima coerción que en este caso está presente. El asaltante no da con el asaltado "órdenes permanentes", mientras que las normas jurídicas tienen en grado preeminente esta característica de "permanencia" o persistencia.

Aquellos a los que las órdenes generales se aplican a riesgo de que se cumpla la amenaza, no sólo se da ante la primera promulgación de la orden, sino hasta que esta sea cancelada. Esto se da en el caso del asaltante.

El "habito general de obediencia" del que habla Austin es aquel que señala que la mayor parte de las órdenes son obedecidas por la mayor parte de las personas afectadas, aunque esto sea confuso. Pues, para que algo se llame derecho no se puede decir cuanta gente tiene que obedecer.

Esta será la versión simple del derecho que examinará críticamente luego: "Donde quiera que haya un sistema jurídico es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y estas sean generalmente obedecidas, y tiene que existir una creencia general de que estas amenazas será probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia. Esta persona o cuerpo debe ser internamente supremo y externamente independiente. Si, de acuerdo con Austin, llamamos soberano a tal persona o cuerpo de personas supremo e independiente, las normas jurídicas de cualquier país serán las órdenes generales respaldadas por amenazas dictadas por el soberano o

subordinados que obedecen a el.”

Capítulo III.

La diversidad de las formas jurídicas.

No todas las normas ordenan hacer o no hacer algo (suelen conferir potestades muchas de las veces). También es patente que no todas las normas jurídicas son legisladas, ni todas son la expresión del deseo de alguien como lo son las ordenes generales de nuestro modelo. Es obvio que las normas jurídicas, aun cuando se trate de leyes, que son normas deliberadamente creadas, no son necesariamente órdenes dadas a otros (pueden ser órdenes dadas a uno mismo también).

Las objeciones mencionadas se dividen en tres grupos, las que se refieren: al contenido, al origen, y al ámbito de aplicación.

1. El contenido de las normas jurídicas.

Lo que las reglas del derecho penal exigen es calificado de “deber”. La ley penal cumple la función de establecer y definir ciertos tipos de conducta como algo que debe ser omitido o realizado por aquellos a quienes esa ley se aplica, cualquiera sean los deseos de esos. La pena o “sanción” busca que los hombres se abstengan de esas actividades. También están las leyes civiles que tratan de resarcir el daño producido. Las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos (matrimonio, trabajo, etc) no imponen deberes u obligaciones, sino que brinda facilidades para poder llevar adelante los deseos de los hombres, al otorgarle potestades para crear estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho. **Hay una diferencia radical de funciones entre las normas que acuerdan las potestades de la ley civil y la ley penal, en la forma misma de hablar.**

El objeto de las reglas que confieren las potestades no es disuadir a los jueces (por ejemplo) de realizar actos impropios, sino definir las condiciones y límites bajo los cuales sus decisiones serán válidas. **Hay una diferencia radical entre las reglas que confieren potestades legislativas y definen la manera de su ejercicio, y las reglas del derecho penal que se asemejan a órdenes respaldadas por amenazas. Sería ridículo en algunos casos asimilar ambas reglas.**

También existen puntos en común entre ambos tipos de reglas jurídicas, pues en ambos casos las acciones pueden ser criticadas o valoradas, como correctas e incorrectas. Tanto las reglas que confieren potestad como las del derecho penal constituyen pautas y criterios de conducta para la apreciación crítica de acciones determinadas. Quizás esto es lo que se quiere decir cuando se designa a ambas como reglas. **También muchas veces las normas que crean potestades sirven para imponer y crear normas que imponen deberes y obligaciones.**

La nulidad como sanción.

El primer argumento dirigido a mostrar la identidad fundamental de las dos clases de reglas y a exhibirlas como órdenes coercitivas, concentra su atención en la “nulidad” que sobreviene cuando no es satisfecha alguna condición esencial para el ejercicio de la potestad. **La nulidad, se pretende, a semejanza del castigo imputado por la norma penal, es un mal o sanción amenazado, impuesto por el derecho a raíz de la trasgresión a la regla. La nulidad no puede ser asimilada a un castigo establecido por una regla como estímulo para que no se abstenga de las actividades que la regla prohíbe.** En el caso de una regla del derecho

penal podemos identificar y distinguir dos cosas: un cierto tipo de conducta que la regla prohíbe, y una sanción destinada a desalentar dicha conducta.

Las reglas que confieren potestad como fragmentos de normas jurídicas.

Mediante una elaboración cada vez mayor del antecedente o cláusula condicionante, las reglas jurídicas de todo tipo, incluso las que confieren potestades probadas o públicas, y definen la manera de su ejercicio pueden ser reformuladas de esta forma condicional.

En la forma menos extrema, la concepción original del derecho como órdenes respaldadas por amenazas dirigidas, entre otros, a los ciudadanos ordinarios es preservada por lo menos para aquellas reglas que, desde el punto de vista del sentido común, se refieren primordialmente a la conducta de los ciudadanos, y no simplemente a los funcionarios. **Las reglas del derecho penal, según este punto de vista más moderado, son normas jurídicas tal como se presentan, y no necesitan ser reformuladas como fragmentos de otras reglas completas;** porque ellas ya son órdenes respaldadas por amenazas. **Las reglas que confieren potestades jurídicas a los particulares son, tanto para esta teoría como para la más extrema, simples fragmentos de las normas completas reales, las órdenes respaldadas por amenazas.** Estas últimas deben ser descubiertas preguntándonos: ¿A qué personas ordena el derecho hacer cosas, bajo una pena si no cumplen? **Las reglas referentes a la celebración de contratos se presentarán, como meros fragmentos de reglas que, si se dan ciertos hechos, o si se dicen o efectúan ciertas cosas ordenan a las partes hacer lo que según el contrato debe ser hecho.**

Ambas versiones de esta teoría intentan reducir variedades distintas de reglas jurídicas a una forma única que, se pretende, exhibe a quintaesencia del derecho. Ambas de diferentes maneras, hacen de la sanción un elemento centralmente importante, y ambas fracasan si se demuestra que es perfectamente concebible el derecho sin sanciones (cosa que no se demuestra acá). Pero la crítica se debe centrar en que ambas posiciones deforman las diferentes funciones sociales que los diferentes tipos de regla cumplen.

La deformación como precio de la uniformidad.

La idea de que las reglas sustantivas del derecho penal tienen como función guiar no sólo a los órganos que aplican un sistema de penas, sino también a los ciudadanos ordinarios en las actividades de la vida no oficial, no puede ser eliminada sin arrojar por la borda distinciones cardinales y sin oscurecer el carácter específico del derecho como medio de control social. Todo lo que hay que comprender no es sólo lo que pasa en tribunales cuando llega el momento de sancionar. **Las principales funciones del derecho como medio de control social no han de ser vistas en los litigios privados o en las causas penales, aunque sean accesorias; sino en las diversas formas en que el derecho es usado para guiar, controlar y planear la vida fuera de los tribunales.**

Las reglas que confieren potestades privadas, para ser entendidas, tienen que ser consideradas desde el punto de vista de quienes ejercen dichas potestades. Si esto no sería así el ciudadano particular sería un mero portador de deberes.

El paso del mundo prejurídico al jurídico está determinado por la introducción en la sociedad de reglas que habilitan a los legisladores a reformar y crear reglas de deber, y a los jueces para determinar cuándo han sido transgredidas.

1. **El ámbito de explicación.**

El ámbito de aplicación de una norma jurídica es siempre una cuestión de interpretación del precepto. Al interpretarlo puede incluirse o excluirse a aquellos que lo dictaron y, por supuesto, hoy se aprueban muchas leyes que imponen obligaciones jurídicas a sus autores. **La legislación, a diferencia del mero ordenar a otros hacer cosas bajo amenazas, puede perfectamente bien tener tal fuerza auto-obligatoria.** Nada hay en ella que esencialmente excluya esa posibilidad. La elaboración de una ley, así como formular un promesa, presuponen la existencia de ciertas reglas que rigen el proceso: palabras que proferidas o escritas por las personas calificadas por estas reglas, siguiendo el procedimiento especificado por ellas, crean obligaciones para todos aquellos que se encuentran dentro del ámbito explícita o implícitamente designado por dichas palabras. **El legislador no es necesariamente como el que da órdenes a otro, que está por definición fuera del alcance de lo que hace. A semejanza del que promete, ejercita potestades conferidas por reglas, y muy a menudo puede, mientras que el promitente debe, caer dentro de su ámbito.**

1. Modos de origen.

La sanción de una ley al igual que el dar una orden es un acto deliberativo de origen cierto. El tipo de norma que más obviamente contradice esta pretensión es la costumbre. Hay dos cuestiones distintas respecto a la costumbre: si es derecho o no; y si se refiere o no al significado de “reconocimiento jurídico”.

Mientras los tribunales no apliquen unas reglas tales reglas (si se llevan a la práctica) son simples costumbres y, no son en modo alguno derecho. Cuando los tribunales las usan y, con arreglo a ellas, dictan órdenes que son aplicadas, entonces por primera vez esas reglas reciben reconocimiento jurídico. **Esta versión del status jurídico tiene dos críticas.**

La primera es que no es necesariamente verdad que mientras que las reglas consuetudinarias no son usadas en litigios carecen de status como derecho. Esta afirmación de que las cosas son necesariamente así es meramente dogmática o no distingue lo que es necesario y lo que puede ocurrir en ciertos sistemas. **Las réplicas a estas objeciones suelen apoyarse en el dogmatismo, separando las relaciones entre la ley y la costumbre diciendo que la primera ha sido ordenada y la segunda no.**

La segunda crítica a la teoría de que la costumbre cuando es derecho, debe su status jurídico a la orden tácita del soberano es más fundamental. Será expuesta en próximo capítulo.

Conclusiones de este capítulo:

La concepción del derecho como órdenes coercitivas enfrenta desde el comienzo mismo la objeción de que hay variedades de normas jurídicas, que aparecen en todos los sistemas, que no responden a aquella descripción en tres aspectos principales:

- a) **Aun en la ley penal que es la que más se le aproxima, tiene a menudo un campo de aplicación diferente al de las órdenes dadas a otros,** porque tal norma puede imponer deberes tanto a quienes la han dictado como a los demás.
- b) **Otras leyes difieren de las órdenes en que no requieren que las personas hagan algo, sino que pueden conferirle potestades;** no imponen deberes sino que ofrecen facilidades para la libre creación de derechos subjetivos y deberes jurídicos dentro de la estructura coercitiva del derecho.
- c) **Aunque sancionar una ley es, en cierta medida, análogo a dar una orden,**

algunas reglas de derecho se originan en la costumbre y no deben su status jurídico a ningún acto conciente de creación de derecho.

El modelo de las órdenes respaldadas por amenazas es más lo que oscurece que lo que aclara; el esfuerzo para reducir la variedad de normas jurídicas a esta única forma simple termina por imponer sobre ellas uniformidad espuria. En verdad, buscar uniformidad aquí puede ser un error, porque como sostendremos en el Cap. V, una característica distintiva del derecho, si no la distintiva del mismo, consiste en la fusión de tipos diferentes de reglas.

Capítulo IV

Soberano y Súbdito.

Al hablar de una orden respaldada por amenazas que sirve para dar cuenta de normas jurídicas, aceptamos que en toda sociedad donde hay derecho hay un soberano, tanto afirmativamente, como negativamente por referencia al hábito de obediencia. **La doctrina del soberano afirma que en toda sociedad humana donde hay derecho (independientemente de las formas) hallaremos esta relación entre súbditos que prestan obediencia y soberano/s que no presta/n obediencia. Esta estructura vertical compuesta de soberano y súbdito es, según la teoría parte esencial de una sociedad que posee derecho.**

Hay dos puntos de especial importancia:

- a) La idea de hábito y obediencia: respecto a esto indagaremos el carácter continuo de la autoridad para crear derecho y la persistencia en el tiempo del mismo.
- b) Posición del soberano respecto al derecho: Se indagará si el status jurídicamente ilimitado del legislador supremo es necesario para la existencia del derecho; y si en términos simples de hábitos y obediencia puede ser entendida la presencia o ausencia de límites.

1. El hábito de obediencia y la continuidad del derecho.

Solo después de que sepamos que las órdenes son obedecidas durante un tiempo, se puede afirmar que se ha establecido un hábito de obediencia. Solo entonces podremos decir que cualquier orden es ya derecho apenas se la dicta y antes de ser obedecida. Mientras no se llegue a esta etapa habrá un interregno durante el cual no se creará derecho alguno.

La idea de obediencia habitual fracasa de dos maneras diferentes, aunque relacionadas, para dar razón de la sucesión entre un legislador y otro. En primer lugar, los simples hábitos de obediencia frente a órdenes dadas por un legislador no pueden conferir al nuevo legislador ningún derecho a suceder al anterior y a dar órdenes en su reemplazo. En segundo lugar, la obediencia habitual al legislador anterior no puede por sí sola hacer probable que las órdenes del nuevo legislador serán obedecidas o fundar una presunción en este sentido. Para que en el momento de la sucesión existan aquel derecho y esta presunción tiene que haberse dado de algún modo en la sociedad, una práctica general más que pueda ser descripta en términos de hábitos de obediencia.

Hay tres diferencias salientes entre un hábito y una regla:

- 1) **Para que haya un hábito basta que la conducta converja de hecho; no es necesario que cuando se desvía respecto del mismo suscite alguna forma de crítica. Mientras que las desviaciones a la regla si suscitan críticas.**
- 2) **La desviación a la regla, es aceptada generalmente como una buena razón**

para formular la crítica. La crítica es justificada, salvo para una minoría “recalcitrante” la crítica es aceptada. La existencia de una regla es compatible con una minoría que no sólo la transgredí, sino que se rehúsa a considerarla como una pauta para si o para los demás.

- 3) **Es el “aspecto interno de las reglas”.** Cuando un hábito es general, es un hecho de la conducta de la mayor parte de los miembros de un grupo; y para esto no es necesario que esta conducta sea pensada como conducta general y tampoco es necesario que tienda a inculcar el hábito. Mientras que la regla necesita que al menos algunos tiendan a ver en ella una pauta o un criterio general del comportamiento a ser seguido por el grupo. Toda regla tiene un “aspecto interno”.

Este aspecto interno tiene que ver que quienes utilizan las reglas tienen hacia ellas una actitud crítica y reflexiva en relación al patrón de conducta; lo consideran como a una pauta para todo aquel que viva en la sociedad. No es contradictorio decir que la gente acepta reglas pero no experimenta sentimientos de compulsión. Lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conducta comunes, y que ella se despliegue en forma de crítica, exigencias de conformidad y en reconocimiento de tales críticas y exigencias justificadas, todo lo cual haya expresión en los términos “yo debo”, “deber”, “correcto”, “incorrecto”, etc.

En razón de que una regla aceptada en un determinado momento por un grupo puede referirse en términos generales a los sucesores en la función legislativa, su aceptación fundamenta que el sucesor tiene derecho a legislar aún antes de que comienza a hacerlo, y el enunciado fáctico de que probablemente recibirá la misma obediencia que recibía su predecesor. La aceptación de una regla por una sociedad en un determinado momento no garantiza su existencia continuada. Puede haber una revolución. El enunciado de que un nuevo legislador tiene derecho a legislar presupone la existencia, en el grupo social, de la regla según la cual tiene este derecho. La continuidad de las autoridades (legislativas) difiere de la mera obediencia habitual; ya que los hábitos no son “normativos”; y ellos no pueden conferir derechos o autoridad a nadie. En segundo lugar, los hábitos de obediencia a un individuo no pueden, a diferencia de las reglas aceptadas, referirse por igual a una clase o línea de legisladores sucesivos futuros y al legislador actual, o hacer que la obediencia a ellos sea probable. (Yo: El hábito no puede conferir poder, ni son normativos, por eso no explica la sucesión y sí lo hace la regla)

1. La persistencia del derecho.

Si los funcionarios del sistema, y sobre todo los tribunales, no aceptan la regla de que ciertos actos legislativos del pasado o presente, tienen autoridad, tales actos legislativos carecerán de algo esencial para su status como derecho (persistencia). No se puede caer partiendo de esa verdad que una ley es derecho cuando es aplicada por un tribunal.

1. Limitaciones jurídicas a la potestad legislativa.

La ilimitación del poder soberano es ilimitada jurídicamente. Puede estar la necesidad moral, el temor, y otros tipos de límites, que no son jurídicos. A pesar de esos límites, el soberano no tiene el deber jurídico de abstenerse de dictar tal legislación, y los tribunales no pueden acogerse al temor o la moral, a menos que el soberano establezca que los tribunales

pueden deben hacer eso. **Los límites jurídicos que pueden tener un soberano o una legislatura, no son “deberes” sino “ausencia de potestad jurídica”**

- a) Las limitaciones jurídicas a la autoridad legislativa no consisten en deberes impuestos al legislados de obedecer a algún legislador superior, sino en incompetencias establecidas en reglas que lo habilitan para legislar.
- b) Para determinar si una norma sancionada es derecho no tenemos que remontarnos a la norma sancionada, en formas expresa o tácito, por un legislador que es “soberano” o “ilimitado”, ya en el sentido de que su autoridad para legislar es jurídicamente ilimitada o en el sentido de que no obedece a nadie en forma habitual. En lugar de ellos, tenemos que demostrar que fue creada por un legislador que estaba habilitado para legislar de acuerdo con una norma existente, o bien esta regla no establece restricciones, o no hay ninguna que afecte la particular norma de que se trata.
- c) Para demostrar que un sistema jurídico es independiente hay que demostrar que las reglas que habilitan al legislador no confieren autoridad superior a quienes tiene también autoridad sobre otro territorio. Inversamente, lo mismo debe tenerse en cuenta en su propio territorio.
- d) Distinguir entre una autoridad legislativa ilimitada y otra limitada, aunque sea suprema en el sistema.
- e) La presencia o ausencia de reglas que limitan la competencia del legislador es crucial, los hábitos de obediencia del legislador tienen, en el mejor de los casos, alguna importancia como medio de prueba indirecto (de su subordinación).

1. **El soberano detrás de la legislatura.**

Cuando la legislatura está sometida a limitaciones que pueden ser eliminadas por los miembros de ella actuando de acuerdo con un procedimiento especial, es posible sostener que la legislatura puede ser identificada con el soberano no susceptible de limitaciones jurídicas que la teoría requiere. Austin pensaba, que en toda democracia no son los representantes electos quienes constituyen o integran el cuerpo soberano, sino los electores.

La descripción del soberano como “la persona o personas frente a quien el grueso de la sociedad tiene un hábito de obediencia”, admitía una aplicación casi literal en el caso de la forma más simple de sociedad. **Cuando se establece un provisión para la sucesión, que es una característica del sistema jurídico moderno, no puede ser expresada en los términos simples de hábitos de obediencia, sino que reclama la noción de una regla aceptada, según la cual el sucesor tiene derecho a legislar antes de hacerlo efectivamente y de recibir obediencia- pero la identificación del soberano con el electorado no tiene ninguna plausibilidad,** a menos que acordemos a “habito de obediencia” y “persona o personas” un significado completamente distinto del que recibían en el caso simple y que sólo puede aclararse si se introducen forma subrepticia la noción de una regla aceptada. Si vemos en el electorado al soberano, y le aplicamos las definiciones simples de la teoría original, tendremos que decir que aquí “el grueso” de la sociedad habitualmente se obedece a si mismo. De este modo la imagen clara de una sociedad dividida en soberano y súbditos, ha sido reemplazada por la imagen borrosa de una sociedad en la que la mayoría obedece órdenes dadas por la mayoría o por todos. Sin duda que aquí no tenemos ni “órdenes” ni “obediencia”.

Para hacer frente a esta crítica, puede hacerse una distinción entre los miembros de la sociedad en su condición privada de individuos, y las mismas personas en su condición oficial de electores o legisladores.

Las reglas son constitutivas del soberano, no simplemente algo que deberíamos mencionar en una descripción de los hábitos de obediencia al soberano. De tal manera no podemos decir que las reglas que especifican el procedimiento a seguir por el electorado, representan las condiciones bajo las cuales la sociedad, como conjunto de individuos, se obedece a sí misma en cuanto electorado. La teoría que considera al electorado como soberano sólo contempla una legislatura limitada en una democracia en donde existe electorado, que como tal no está exento de limitaciones jurídicas, por las cuales no es soberano.

La simple idea de órdenes, hábitos y obediencia no puede ser adecuada para el análisis del derecho. Lo que hace falta en cambio es la noción de reglas que confiere potestades, que pueden ser limitadas o ilimitadas, a personas que reúnen ciertos requisitos, para legislar mediante a observancia de cierto procedimiento.

Capítulo V

El derecho como unión de reglas primarias y secundarias.

1. Un nuevo punto de partida.

El modelo simple del derecho como órdenes coercitivas del soberano no reproduce algunas de las características salientes de un sistema jurídico:

- 1) Aunque entre todas las variedades de derecho son la leyes penales las que prohíben o prescriben ciertas acciones bajo castigo, las que más se parecen a órdenes respaldadas por amenazas dadas por una persona a otras, difieren de dichas ordenes en un aspecto importante: que por lo común también (las leyes penales) se aplican a quienes las sancionan, y no simplemente a otros.
- 2) En segundo lugar, hay otras variedades de normas, principalmente a aquellas que confieren potestades jurídicas para decidir litigios o legislar o para crear o modificar relaciones jurídicas.
- 3) En tercer lugar hay reglas jurídicas que difieren de las ordenes en su modo de origen, por que ellas no son creadas por nada análogo a una prescripción explícita (como el caso de las costumbres).

La raíz del fracaso es que los elementos con que se ha construido la teoría, a saber la ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen, ni tampoco pueden producir mediante su combinación, la idea de regla sin la cual no podemos abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas más elementales del derecho.

Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas de primer tipo se refieren a acciones que implican movimientos o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones. **La tesis general de la combinación de estos tipos de reglas se encuentra en lo que Austin, erróneamente, creía haber hallado en la noción de órdenes coercitivas, a saber, “la clave de la ciencia de la jurisprudencia”.**

La búsqueda de una definición, pueden ser clarificadas mejor si entendemos estos dos tipos de reglas y la acción recíproca entre ellos.

2. La idea de obligación.

La teoría del derecho como ordenes coercitivas, partía de la apreciación correcta del hecho de que donde hay normas jurídicas la conducta humana se hace en algún sentido no optativa, u obligatoria.

Hay una diferencia, no explicada, entre la aserción de que alguien se vio obligado a hacer algo, y la aserción de que tenía la obligación de hacerlo. Lo primero es, a menudo, una afirmación acerca de creencias y motivos que acompañan a una acción. **El enunciado de que una persona se vio obligada a obedecer a otra es, en lo principal, un enunciado psicológico que se refiere a las creencias y motivos que acompañaron a una acción. Pero el enunciado de que alguien tenía la obligación de hacer algo es muy diferente.**

La objeción fundamental es que la interpretación predictiva oscurece el hecho de que, cuando existen reglas, las desviaciones respecto de ellas no son simples fundamentos para la predicción de que sobrevendrán reacciones hostiles o de que un tribunal aplicará sanciones a quienes las transgreden; tales desviaciones son una razón o justificación para dichas reacciones y sanciones. En un sistema jurídico normal en el que se sanciona una elevada proporción de transgresiones, un transgresor corre usualmente riesgo de sufrir castigo, así por lo común, el enunciado de que una persona tiene una obligación y el enunciado de que es probable que se lo castigue a causa de la desobediencia, serán ambos verdaderos.

Es crucial para la comprensión de la idea de obligación que en los casos individuales el enunciado de que una persona tiene una obligación según cierta regla, y la predicción de que probablemente habrá de sufrir un castigo a causa de la desobediencia, pueden no coincidir. **Se dice y se piensa que una regla impone obligaciones cuando la exigencia general a favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande.**

/Tener una obligación refiere a algo independiente del pensamiento y creencia psicológicas, que da razón o justifica a la sanción. Mientras que la suposición de la probabilidad de un castigo, no implica la justificación de ese castigo. Evitar una obligación no implica que haya dejado de ser una obligación; mientras que evitar verse obligado evita la supuesta obligación. Es evidente que el deber es independiente del castigo/

Lo que vale la pena destacar. Las reglas imponen obligación cuando:

- 1) **la insistencia en la importancia o seriedad de la presión social que se encuentra tras las reglas es el factor primordial** que determina que ellas sean concebidas como dando origen a obligaciones. Esta situación tipifica los deberes u obligaciones del derecho penal.
- 2) **Las reglas sustentadas por esta presión social serían reputadas importantes porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social** o de algún aspecto de ellas al que se atribuye valor. Esta situación tipifica los deberes u obligaciones del derecho civil.
- 3) **Se reconoce generalmente la conducta exigida por estas reglas, aunque sea beneficiosa para otros, puede hallarse en conflicto con lo que la persona que tiene el deber desea hacer.** De aquí que se piensa que las obligaciones y deberes característicamente implican sacrificio o renuncia, y la constante posibilidad de conflicto entre la obligación o deber y el interés es, en todas las sociedades uno de los lugares

comunes del jurista y del moralista.

Sentirse obligado y tener una obligación son cosas diferentes, aunque con frecuencia concomitantes.

El siguiente contraste, se formula también en términos del aspecto “interno” y “externo” de las reglas. Cuando un grupo social tiene ciertas reglas de conducta, es posible ocuparse de las reglas como un mero observador o como un miembro del grupo que acepta las reglas y que las usa como guía. Uno de estos es el punto “externo” y el otro el “interno”.

Los enunciados hechos desde el punto de vista externo pueden ser diferentes, porque el observador, puede, sin aceptar el mismo tipo de reglas, afirmar que el grupo las acepta, y referirse a ellas desde afuera. Este observador se satisface con registrar regularidades de conductas observables en que consiste la conformidad de las reglas, y demás regularidades adicionales, como pueden ser reacciones hostiles a las reglas. Nuestro observador no verá toda una dimensión de la vida social de aquellos a quienes observa, ya que para éstos la luz roja no es un mero signo que determina una conducta regular. Este punto de vista puede decir como funcionan las reglas en la vida social.

Mientras que el punto de vista interno contempla su propia conducta y considera a las violaciones a las reglas como razones para una hostilidad determinada.

3. Los elementos del derecho.

Es posible, por supuesto, imaginar una sociedad sin una legislatura, tribunales o funcionarios de ningún tipo. Para que una sociedad pueda vivir sólo con reglas primarias, hay ciertas condiciones que tienen que estar satisfechas como restringir el uso de la violencia el robo, etc, condiciones tentadas a realizar por una sociedad dispuesta a coexistir. En segundo lugar, aunque tal sociedad puede exhibir esta tensión, es necesario que los que rechacen las reglas tengan el miedo de la presión social, y esto es sólo posible si son una minoría o estén en condición de inferioridad física. /Las reglas primarias prescinden un comportamiento, expresan un deber en el mundo/

Es obvio que sólo una pequeña comunidad puede vivir con buen resultado según tal régimen. **En cualquiera otras condiciones una forma tan simple recontrol social resultará defectuosa, y requerirá diversas formas de complementación.**

En primer lugar, las reglas que el grupo observa no formarán un sistema, sino que simplemente serán un conjunto de pautas o criterios de conducta separados. Y si surgen conflictos o dudas no habrá procedimiento alguno para solucionarlos (ni textos, ni autoridades). **En este caso habrá falta de certeza.** /Es decir, habrá incertidumbre y querellas interminables/

El segundo defecto, es el carácter estático de las reglas. El único modo de cambio de éstas conocido por tal sociedad será el lento proceso de crecimiento. **No se podrá imponer nuevas reglas o abolir las antiguas.** /Es decir habrá estatismo, no habrá cambios/

El tercer defecto de esta forma simple de vida social, es la ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas. Siempre habrá discusiones sobre si se ha violado o no una norma; mientras no haya autoridad que defina. /habrá ineficacia, y falta de presión social/

El remedio para cada uno de estos tres defectos principales, consiste en complementar las reglas primarias de obligación con reglas secundarias que son de un tipo diferente.

La introducción del remedio para cada defecto podría, en sí, ser considerada un paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico. Ellas están en un nivel distinto de las reglas primarias, pero son acerca de éstas. **Mientras las primarias se ocupan de las acciones de los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible.** Las reglas primarias son reglas sobre reglas, dependen y se refieren a las primarias; no expresan deberes sino poderes.

Los tres tipos de reglas secundarias:

- 1) **Regla de reconocimiento:** Soluciona el problema de falta de certeza. Esta **especificara alguna característica/s cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible** de que se trata de una regla del grupo. Lo que es crucial es el reconocimiento de la escritura o inscripción revestida de autoridad, es decir, como la forma propia de resolver las dudas acerca de la existencia de la regla. En esta regla esta el germen de la idea de validez jurídica.
- 2) **Regla de cambio:** Evita la cualidad estática del régimen de reglas primarias. **Esta faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo o de alguna clase de hombres que forman parte de el, y a dejar sin efecto reglas anteriores.** Pueden ser simples o complejas, conferir potestades limitadas o ilimitadas de diversas maneras; y las reglas además de definir específicamente las personas que han de legislar, también establece los procedimientos.
- 3) **Regla de adjudicación:** es usado para remediar la insuficiencia de la presión social difusa. **Consisten en reglas secundarias que facultan a determinar en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria. Identifica individuos que puedan juzgar,** definiendo también un procedimiento a seguir, estas reglas confieren potestades.

Estas reglas secundarias proveen a las sanciones centralizadas oficiales del sistema. Aunque la combinación de reglas primarias y secundarias, en razón de que explica muchos aspectos del derecho, merece el lugar central asignado a ella, esto no puede por si iluminar todos los problemas. **La unión de reglas primarias y secundarias está en el centro del sistema jurídico; pero no es el todo.** Es claro que sin reglas secundarias no puede haber un sistema jurídico bien formado.

Capítulo VI

Los fundamentos de un sistema jurídico.

1. Regla de Reconocimiento y validez jurídica.

Dondequiera se acepte una **regla de reconocimiento, tanto los particulares como los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación.** En la realidad, en donde hay una variedad de “fuentes”, la regla de reconocimiento es compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura, y los precedentes judiciales. En la mayor parte de los casos se adoptan provisiones para posibles conflictos, clasificando estos criterios en un orden de **subordinación y primacía relativas –que es distinto a derivarse de-** En la

vida cotidiana de un sistema jurídico su regla de reconocimiento rara vez es formulada en forma expresa como una regla.

El uso, por los jueces y otros, de reglas de reconocimiento no expresadas, para identificar reglas particulares del sistema, es característico del punto de vista interno. El enunciado interno manifiesta el punto de vista interno y es usada con naturalidad. **Esta actitud de aceptación compartida de reglas debe ser contrapuesta a la de un observador que registra el hecho de que un grupo social acepta tales reglas, sin aceptarlas por su parte.**

Este es el punto de vista externo. El enunciado externo es el lenguaje natural de un observador externo del sistema que, sin aceptar su regla de reconocimiento, enuncia el hecho de que otros la aceptan.

Sostener que determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema. Se puede decir, también, que una persona que hace un enunciado interno referente a la validez de una regla particular de un sistema presupone la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz –esto no implica que lo sea-.

La regla de reconocimiento que suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema es en un sentido importante, que trataremos de clarificar, una regla última. Es importante no confundirlas con la teoría, que hemos rechazado, de que en todo sistema de derecho, aunque se oculte tras las formas jurídicas tiene que haber una potestad legislativa soberana que es jurídicamente ilimitada. Es obvio que las nociones de un criterio superior y un criterio supremo se refieren simplemente a un lugar creativo en una escala y no importan ninguna noción de potestad legislativa jurídicamente ilimitada. Lugares en donde no existe una legislatura jurídicamente ilimitada, pueden tener una regla última de reconocimiento que proporciona un conjunto de criterios de validez, uno de los cuales es supremo.

Entendemos mejor el sentido en que la regla de reconocimiento es **la regla última de un sistema**, si seguimos una cadena muy familiar de razonamiento jurídico. Si se plantea la cuestión sobre si una cierta regla es jurídicamente válida, para resolverla debemos usar un criterio de validez suministrado por alguna otra regla. Cuando pasamos de que una disposición particular es valida, al enunciado de la regla de reconocimiento del sistema es excelente, y el sistema basado sobre ella digno de apoyo, hemos pasado de un enunciado de validez jurídica a un enunciado de valor. **Algunos autores han subrayado que su propia validez no puede ser demostrada, sino que “se da por admitida”, es “postulada” o es una “hipótesis”.** Esto sin embargo puede ser seriamente equívoco. Los enunciados de validez jurídica particulares llevan consigo, ciertas presuposiciones; que son enunciados internos de derecho, que expresan el punto de vista de quienes aceptan la regla de reconocimiento del sistema.

Las cuestiones presupuestas consisten en dos cosas. Primero, afirma seriamente la validez de una determinada regla de derecho, **usa una regla de reconocimiento que acepta como adecuada para identificar el derecho.** Segundo, **esta regla de reconocimiento, en términos de la cual aprecia la validez de una ley particular**, no solamente es aceptada por él, sino que **es la regla de reconocimiento efectivamente aceptada y empleada en el funcionamiento general del sistema.** La regla de reconocimiento no puede ser válida o

invalida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de una manera.

Es importante distinguir entre “dar por admitida la validez” (enunciado externo) y “presuponer la existencia” (enunciado interno) de la regla aunque no sea porque no hacerlo oscurece lo que se quiere decir al afirmar que esa regla existe. **La afirmación de que existe la regla de reconocimiento, sólo puede ser un enunciado de hecho externo.** Porque mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, “existir” aún cuando sea generalmente desobedecida, **la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho.**

2. Nuevas preguntas.

La primera dificultad es la clasificación, porque la regla que, en última instancia, se usa para identificar el derecho, escapa a las categorías convencionales empleadas para describir un sistema jurídico. Su existencia, a diferencia de una ley, tiene que consistir en una práctica efectiva.

¿Cómo podemos mostrar que las provisiones fundamentales de una constitución, que por supuesto son derecho, lo son realmente? Otros contestan insistiendo en que en la base del sistema jurídico hay algo que “no es derecho”, que es “pre-jurídico”, “metajurídico”, o es simplemente un “hecho político”. **El argumento a favor de llamar “derecho” a la regla de reconocimiento es que la regla que proporciona los criterios para la identificación de otras reglas del sistema puede muy bien ser considerada como una característica definitoria del sistema jurídico y, por ello, digna de ser llamada “derecho”;** **el argumento a favor de llamarla “hecho” es que cuando afirmamos que ella existe formulamos en verdad un enunciado externo sobre un hecho efectivo que se refiere a la manera en que son identificadas las reglas de un sistema “eficaz”.** Estos dos rótulos reclaman atención, pero no hacemos justicia eligiendo “hecho” o “derecho”, **sino que en las reglas de reconocimiento puede ser considerada de las dos formas.**

El segundo conjunto de problemas, consiste en **las etapas intermedias entre el nacimiento, la existencia autónoma y la muerte de las reglas de reconocimiento.** En la realidad la situación es que un elevado porcentaje de ciudadanos ordinarios, no tiene una concepción general de la estructura jurídica o de sus criterios de validez. Las normas jurídicas que el ciudadano común obedece son algo que él conoce simplemente como “el derecho”. Puede obedecerlas por una multiplicidad de razones diferentes y entre esas razones puede contarse a menudo, aunque no siempre, el conocimiento de que eso es lo que más le conviene. En la medida en que las normas que son válidas según los criterios de validez del sistema son obedecidas por el grueso de la población eso es sin duda todo cuanto necesitamos como prueba de que un sistema jurídico existe.

Los que toman a la palabra “obediencia” equivoca como descripción de lo que hacen los legisladores al ajustarse a sus potestades y los tribunales al ajustarse a reglas de reconocimiento, es que la persona que obedece piense que lo que hace es lo correcto tanto para él como para los otros: no es menester que vea en ello el cumplimiento e una pauta o criterio de conducta para el resto de los miembros del grupo social. La diferencia es que el que obedece, lo suele hacer por otras razones: como actuar bajo amenaza, por temor o inercia, etc:

sin tener una actitud crítica o autocritica de la conducta ajena en caso de desviación. Este interés es meramente personal, al obedecer no caracteriza la actitud de los jueces frente a las reglas, y mucho menos ante las reglas de reconocimiento. Para que esta exista es necesaria que sea considerada desde el punto de vista interno como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas, y no como algo que cada juez simplemente obedece por su cuenta. Esto es necesario para que podamos hablar de la existencia de un sistema jurídico.

Hay dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Hay reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas comunes de conducta oficial. La primera es la única condición que necesitan satisfacer los ciudadanos particulares; la segunda condición tiene que ser satisfecha por los funcionarios del orden.

3. La patología de un sistema jurídico.

Existe un sistema jurídico, resulta claro que los dos sectores –particulares y funcionarios- son congruentes en sus respectivos intereses típicos frente al derecho. Aquí ocurre que **las reglas reconocidas como válidas al nivel oficial son generalmente obedecidas. Pero esta ruptura puede ser producto de diversos factores: revoluciones, invasiones extranjeras o quiebres del control jurídico ante la anarquía o el bandolerismo sin pretensiones de gobernar.** No es susceptible de determinación exacta determinar en que etapa ha dejado de existir el sistema jurídico.