

Título del original
THE CONCEPT OF LAW
Oxford University Press, 1961

La presente traducción de The Concept of Law
se publica en virtud de un acuerdo con
The Clarendon Press Oxford

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT S. A. E. e I.
Lavalle 1280 -- 1048 - Buenos Aires -- Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-20-0089-7

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene la facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2, 9, 10, 71, 72, ley 11.723).

IMPRESO EN LA REPUBLICA ARGENTINA

37411
P

H3250
1992
C2
SON

HERBERT L. A. HART
Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford

EL CONCEPTO DE DERECHO

Traducción de
GENARO R. CARRIÓ

UNIVERSIDAD ADOLFO IBARRA
BIBLIOTECA



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

CAPÍTULO II

NORMAS JURIDICAS, MANDATOS Y ORDENES

1. VARIEDADES DE IMPERATIVOS

El intento más claro y más completo de analizar el concepto de derecho en términos de los elementos aparentemente simples de mandatos y hábitos, fue el que realizó Austin en *The Province of Jurisprudence Determined*. En este capítulo y en los dos próximos expondremos y criticaremos una posición que, en lo substancial, es igual a la doctrina de Austin, pero que probablemente se diferencia de ella en ciertos puntos. Porque nuestro interés principal no está en Austin, sino en las credenciales de cierto tipo de teoría que ejerce una atracción perenne cualesquiera puedan ser sus defectos. Por tal razón, en los casos en que el significado de Austin es dudoso o cuando sus opiniones parecen contradictorias, no hemos vacilado en prescindir de uno u otras, y en enunciar una posición clara y coherente. Además, cuando Austin se limita a sugerir las maneras de responder a las críticas, las hemos desarrollado (en parte según las líneas seguidas por teóricos posteriores tales como Kelsen) para asegurar que la doctrina que consideraremos y criticaremos sea enunciada en su forma más fuerte.

En muchas diferentes situaciones de la vida social una persona puede expresar el deseo de que otra haga o se abstenga de hacer algo. Cuando este deseo se expresa no como una mera información interesante o como una auto-revelación deliberada, sino con la intención de que la otra persona actúe de conformidad con el deseo expresado, es usual en inglés y en muchos otros idiomas, aunque no necesario, valerse de una forma lingüística

especial llamada el *modo imperativo*, “¡Váyase a su casa!”, “¡Venga aquí!”, “¡Deténgase!”, “¡No lo mate!”. Las situaciones sociales en que nos dirigimos a los demás en forma imperativa son diversas al extremo; sin embargo incluyen algunos tipos principales que se repiten, cuya importancia está señalada por ciertas clasificaciones familiares. “Páseme la sal, por favor”, es por lo común un simple *pedido*, puesto que normalmente esta expresión va dirigida a alguna persona que está en posición de prestar un servicio a quien la emite, y no sugiere un gran apuro ni da a entender qué puede ocurrir en caso de que el otro no acceda. La expresión “no me mate” sería normalmente formulada como una *súplica*, cuando la persona que la profiere está a merced de otra, o ésta puede librarla o sacarla de una situación riesgosa. La expresión “no se mueva”, por su parte, puede ser una *advertencia* si quien la formula conoce la existencia de algún peligro inminente para el otro (por ejemplo una serpiente en la hierba) que puede evitarse si éste se queda quieto.

Las variedades de situación social en que las formas imperativas del lenguaje se usan característicamente, aunque no en forma invariable, no sólo son numerosas sino que no se distinguen entre sí con precisión; y palabras tales como “súplica”, “pedido” o “advertencia” sirven sólo para hacer unas pocas discriminaciones toscas. La más importante de estas situaciones es aquélla para la cual la palabra “imperativo” parece especialmente apropiada. Es la que ilustra el caso del asaltante que le dice al empleado del banco “Entrégueme el dinero o disparo”. Su nota distintiva, que nos lleva a decir que el asaltante *ordena* al empleado, y no simplemente le pide, y menos todavía le *suplica*, que le entregue el dinero, es que para asegurar el cumplimiento de sus deseos expresados, el primero amenaza con hacer algo que un hombre normal consideraría dañoso o desagradable, y de esa manera no entregar el dinero se torna una conducta sustancialmente menos preferible para el empleado. Si el asaltante tiene éxito, describiremos lo ocurrido diciendo que coaccionó al oficinista, y que éste estuvo, en este sentido, en poder de aquél. En tales casos pueden surgir difíciles cuestiones lingüísticas: po-

dríamos decir con propiedad que el asaltante *ordenó* al empleado entregarle el dinero y que el último le obedeció, pero sería en alguna medida equívoco expresar que el asaltante *dio una orden* al empleado, puesto que esta frase, que tiene resonancias militares, sugiere que hay algún derecho o autoridad para dar órdenes, cosa que falta en nuestro caso. Sería completamente natural, empero, decir que el asaltante dio a uno de sus secuaces la orden de que vigilara la puerta.

No es necesario que nos detengamos aquí en estas sutilezas. Aunque a menudo las palabras “orden” y “obediencia” pueden parecer ligadas a una cierta sugestión 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 órdenes. Sin embargo, es importante advertir, aunque más no sea que por la gran influencia que sobre los juristas ha tenido la definición de Austin de la noción de mandato (*command*), que la situación simple en que se emplea la amenaza del daño, y nada más que ella, para forzar la obediencia, no es la situación en que naturalmente hablamos de “mandatos” (“*commands*”). Esta palabra, que en inglés no es muy común fuera de los contextos militares, lleva consigo implicaciones muy fuertes de que existe una organización jerárquica de hombres, relativamente estable, como un ejército o un cuerpo de discípulos, en la que el “comandante” ocupa una posición de preeminencia.* Típicamente es el general (y no el sargento) quien comanda y da mandatos, aunque se usan estos términos para aludir a otras formas de preeminencia especial, como cuando en el Nuevo Testamento se dice que Cristo manda a sus discípulos. Más importante —porque ésta es una distinción crucial entre formas diferentes de “imperativos”— es el punto de que cuando se da un mandato no es menester que haya una ame-

* El autor alude a ciertas implicaciones de la palabra inglesa *command*, que he traducido por “mandato”. No parece que esta última palabra tenga, en español, el mismo halo de sugerencias. (N. del T.).

naza latente de daño para el supuesto de desobediencia. Mandar es característicamente ejercer autoridad sobre hombres, no el poder de 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.

Es obvio que la idea de un mandato con su muy fuerte conexión con la autoridad está mucho más cerca de la idea de derecho que la orden respaldada por amenazas de nuestro asaltante, aunque ésta es un ejemplo de lo que Austin, que no toma en cuenta las distinciones hechas en el último párrafo, llama equívocamente mandato. La noción de mandato, sin embargo, está demasiado cerca del derecho para nuestro propósito; porque el elemento de autoridad involucrado en el derecho ha sido siempre uno de los obstáculos en el camino de cualquier explicación fácil de lo que el derecho es. Por lo tanto no podemos usar provechosamente la noción de mandato en la elucidación del derecho, pues ella también implica dicho elemento. Es ciertamente una virtud del análisis de Austin, cualesquiera sean sus defectos, que a diferencia del elemento de autoridad, los elementos de la situación del asaltante no son en sí oscuros ni precisan mucha explicación; por ello es que seguiremos a Austin en un intento de construir a partir de allí la idea de derecho. No esperaremos, sin embargo, como esperaba Austin, tener éxito, sino, en cambio, sacar una lección de nuestro fracaso.

2. EL DERECHO COMO ORDENES COERCITIVAS

Aun en una sociedad grande y compleja, como la de un estado moderno, hay ocasiones en las que un funcionario, cara a cara con un individuo, le ordena hacer algo. Un policía ordena detenerse a un determinado conductor, o moverse a un determinado mendigo. Pero estas situaciones simples no son, y no podrían ser, la forma típica en que funciona el derecho, aunque más no sea que por la razón de que ninguna sociedad podría mantener el número necesario de órganos para asegurar que cada uno de sus miembros sea informado, en forma oficial y separada,

de cada uno de los actos que debe realizar. En lugar de ello, tales formas particularizadas de control, o bien son excepcionales, o bien constituyen complementos auxiliares o refuerzos de formas generales de directivas, que no nombran a individuos particulares, no están dirigidas a ellos, y no indican un acto particular a ser realizado. De aquí que la forma *típica*, incluso de una ley criminal (que de todas las variedades de normas jurídicas es la que más se asemeja a una orden respaldada por amenazas), es general de dos maneras; indica un tipo general de conducta y se aplica a una clase general de personas de quienes se espera que adviertan que rige para ellas y que cumplan con lo prescrito. Las directivas oficiales individualizadas, cara a cara, ocupan aquí un lugar secundario: si las directivas primarias generales no son obedecidas por un individuo particular, los funcionarios pueden recordárselas y exigirle que las acate, tal como hace un inspector de impuestos, o la desobediencia puede identificarse y documentarse oficialmente, y el castigo amenazado ser impuesto por un tribunal.

Por lo tanto, en forma primaria, aunque 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 reproduzca las características del derecho. El campo de las personas afectadas y la manera en que dicho campo es establecido pueden variar con los distintos sistemas jurídicos y aun con normas diferentes. En un estado moderno se entiende usualmente que a falta de indicaciones especiales que amplíen o reduzcan la clase, sus normas jurídicas generales se aplican a todas las personas que se encuentren dentro de sus límites territoriales. En el derecho canónico se entiende, de modo semejante, que normalmente todos los miembros de la Iglesia se encuentran sometidos a su derecho, salvo cuando se indica una clase más limitada. En todos los casos el campo de aplicación de una norma es una cuestión de interpretación de la regla particular, sobre la base de dichos entendimientos generales. Vale la pena hacer notar aquí que aunque los juristas, entre ellos Austin, a veces hablan de que

las normas jurídicas se *dirigen*¹ a clases de personas, esto es engañoso en cuanto sugiere un paralelo con la situación cara a cara que realmente no existe, y que no está en la intención de quienes se expresan de ese modo. 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. Así el asaltante, mediante una única expresión, "Entrégume esos billetes", expresa su deseo de que el empleado haga algo, y a la vez se *dirige* efectivamente a éste, es decir, hace lo que normalmente basta para llevar esa expresión a la atención del último. Si no hiciera lo segundo y se limitara a decir las mismas palabras en una habitación vacía, no se habría dirigido al empleado en modo alguno, y no le habría *ordenado* hacer algo: podríamos describir la situación expresando que el asaltante se ha limitado a decir las palabras "entrégume esos billetes". 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. Puede ciertamente ser 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 reglas 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 ausencia de reglas especiales en contrario, las normas jurídicas son válidamente creadas aún cuando las personas afectadas por las mismas tengan que averiguar por su cuenta qué normas han sido dictadas y quiénes son los afectados por ellas. Los que aluden a que las normas jurídicas están "dirigidas" a ciertas personas, quieren decir usualmente que éstas son las personas a quienes la norma particular

¹ "Dirigidas a toda la comunidad", Austin, op. cit., p. 22.

se aplica, es decir, aquellas de quienes se exige un cierto comportamiento. Si usamos aquí la palabra "dirigidas", podemos pasar por alto una diferencia importante entre dictar una norma jurídica y dar una orden cara a cara, y a la vez podemos confundir estas dos preguntas diferentes: "¿a quién se aplica la norma?" y "¿a quién se ha hecho conocer la norma?".

Además de la introducción de la característica de generalidad, es menester introducir un cambio más fundamental en la situación del asaltante, si es que hemos de tener un modelo plausible de la situación en que hay derecho. Es verdad que en cierto sentido el asaltante tiene un ascendiente o superioridad sobre el oficinista; el mismo radica en su temporaria posibilidad de formular una amenaza, que puede muy bien ser suficiente para hacer que el oficinista realice el acto particular que se le ordena. No hay otra forma de relación de superioridad e inferioridad entre los dos hombres, salvo esta brevísima relación coercitiva. Pero para los fines del asaltante esto puede bastar: porque la simple orden cara a cara "entrégume esos billetes o dispararé" se agota con la emergencia. El asaltante no da al oficinista (aunque bien puede dárselas a los secuaces de su banda) *órdenes permanentes* a ser seguidas de tiempo en tiempo por clases de personas. Las normas jurídicas, sin embargo, tienen en grado preeminente esta característica de "permanencia" o persistencia. De aquí que si hemos de usar la noción de órdenes respaldadas por amenazas como explicatoria de lo que son las normas jurídicas, tenemos que tratar de reproducir este carácter de perdurabilidad que ellas exhiben.

Es menester suponer, por lo tanto, que aquellos a quienes las órdenes generales se aplican sustentan la creencia general de que probablemente a la desobediencia seguirá la ejecución de la amenaza, no sólo en la primera promulgación de la orden, sino continuamente hasta que la orden sea revocada o cancelada. Puede decirse que esta creencia continua en las consecuencias de la desobediencia mantiene vivas o "en pie" las órdenes originales, aunque, como veremos más tarde, el análisis de la nota de persistencia del derecho en estos términos simples presenta dificultades.

des. Por supuesto, para que exista una creencia general de este tipo en la probabilidad continuada de la ejecución de la amenaza, puede exigirse de hecho la concurrencia de muchos factores que no podrían ser reproducidos en la situación del asaltante. Es posible que el poder para llevar a cabo amenazas unidas a tales órdenes permanentes, que afectan gran número de personas, sólo pueda existir de hecho, y sólo se lo pueda concebir como existente, si se sabe que un número considerable de habitantes están dispuestos a obedecer voluntariamente, es decir con independencia del temor a las amenazas, y a cooperar en la ejecución de éstas contra quienes desobedezcan.

Cualquiera sea el fundamento de esta creencia general en la probabilidad de la ejecución de las amenazas, tenemos que distinguirla de una característica necesaria adicional que hay que agregar a la situación del asaltante para que ella se aproxime a la situación estable en que indiscutiblemente hay derecho. Debemos suponer que, cualquiera sea el motivo de ello, la mayor parte de las órdenes son más frecuentemente obedecidas que desobedecidas por la mayor parte de las personas afectadas. Llamaremos a esto, siguiendo a Austin, un "hábito general de obediencia", y advertiremos, con dicho autor, que, al igual que muchos otros aspectos del derecho, ésta es una noción esencialmente vaga o imprecisa. El problema de saber cuánta gente tiene que obedecer, cuántas de esas órdenes generales tienen que ser obedecidas y durante cuánto tiempo tienen que serlo, para que haya derecho, es tan poco susceptible de respuesta precisa como la pregunta sobre el número de cabellos que debe tener un hombre para no ser calvo. Sin embargo en este hecho de la obediencia general se encuentra una distinción crucial entre las normas jurídicas y el caso simple originario de la orden del asaltante. La mera ascendencia temporaria de una persona sobre otra es naturalmente concebida como la antítesis polar del derecho, que tiene un carácter relativamente permanente y establecido; por cierto que en la mayor parte de los sistemas jurídicos ejercer un poder coercitivo tan breve como el ejercido por el asaltante constituiría un delito del derecho criminal. Queda por ver, en verdad, si esta noción simple, aun-

que confesadamente vaga, de la obediencia general habitual a las órdenes generales respaldadas por amenazas, basta realmente para reproducir el carácter estable y la continuidad que los sistemas jurídicos poseen.

El concepto de órdenes generales respaldadas por amenazas dadas por alguien que generalmente es obedecido, que hemos construido mediante adiciones sucesivas a la situación simple del caso del asaltante, se aproxima obviamente más a una ley penal sancionada por la legislatura de un estado moderno, que a cualquier otra variedad de derecho. Porque hay tipos de normas jurídicas que parecen *prima facie* muy diferentes de tales leyes penales, y más adelante tendremos que ocuparnos de la pretensión de que también estas otras variedades de derecho, a pesar de las apariencias en contrario, sólo son en realidad versiones complicadas o encubiertas de aquella misma forma. Pero incluso para reproducir las características de una ley penal en nuestro modelo construido de órdenes generales obedecidas generalmente, algo más hay que decir acerca de la persona que da las órdenes. El sistema jurídico de un estado moderno está caracterizado por un cierto tipo de *supremacía* dentro de su territorio y de *independencia* respecto de otros sistemas, que todavía no hemos reproducido en nuestro modelo simple. Estas dos nociones no son tan simples como pueden parecer, pero lo esencial de ellas desde el punto de vista del sentido común (que quizás no resulte adecuado) puede ser expresado como sigue: el derecho inglés, el derecho francés, el derecho de cualquier país moderno, regula la conducta de poblaciones que habitan territorios con límites geográficos bastante bien definidos. Dentro del territorio de cada país puede haber muchas diferentes personas o conjuntos de personas que dan órdenes generales respaldadas por amenazas y que reciben obediencia habitual. Pero debemos distinguir algunas de estas personas o cuerpos (por ejemplo, el London County Council o un ministro que ejerce lo que llamamos poderes de legislación delegados) como órganos *subordinados*, por oposición a la Reina en Parlamento, que es suprema. Podemos expresar esta relación en la simple terminología de los hábitos, diciendo que mientras que al crear

normas jurídicas la Reina en Parlamento no obedece a nadie habitualmente, los órganos subordinados se mantienen dentro de límites legislativamente prescritos, y de esa manera puede decirse que al crear normas jurídicas son agentes de la Reina en Parlamento. Si ellos no actuaran así no tendríamos en Inglaterra un sistema de derecho, sino una pluralidad de sistemas; mientras que en la realidad, precisamente porque la Reina en Parlamento es en este sentido suprema con relación a todas las restantes personas en el territorio, y los otros cuerpos no lo son, tenemos en Inglaterra un sistema único, en el que podemos distinguir una jerarquía de elementos supremos y subordinados.

La misma caracterización negativa de la Reina en Parlamento, como *no* obedeciendo habitualmente las órdenes de otros, define en forma tosca la noción de *independencia* que usamos al hablar de los distintos órdenes jurídicos de los diferentes países. La legislatura suprema de la Unión Soviética no tiene el hábito de obedecer a la Reina en Parlamento, y cualquier cosa que la última sancionara sobre los asuntos soviéticos (aunque podría constituir parte del derecho de Inglaterra) no sería parte del derecho de la Unión Soviética. Lo sería únicamente si la Reina en Parlamento fuese habitualmente obedecida por la legislatura de la Unión Soviética.

En esta versión simple, que más tarde examinaremos en forma crítica, dondequiera haya un sistema jurídico es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia. Esa 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 por los subordinados que obedecen a aquél.

CAPÍTULO III

LA DIVERSIDAD DE NORMAS JURIDICAS

Si comparamos la variedad de tipos diferentes de normas jurídicas que aparecen en un sistema moderno, como el derecho inglés, con el modelo simple de órdenes coercitivas construido en el capítulo anterior, brota una multitud de objeciones. Es patente que no todas las normas ordenan hacer o no hacer algo. ¿No es engañoso clasificar así normas que confieren a los particulares la potestad de otorgar testamentos, celebrar contratos o contraer matrimonio, y normas que confieren potestades a funcionarios, por ejemplo, la de decidir litigios a un juez, la de dictar reglamentos a un ministro, la de aprobar ordenanzas a un consejo departamental? Es patente que no todas las normas jurídicas son legisladas (*enacted*), ni todas son la expresión del deseo de alguien como lo son las órdenes generales de nuestro modelo. Esto parece inaplicable a la costumbre, que ocupa un lugar genuino, aunque modesto, en la mayor parte de los sistemas jurídicos. Es obvio que las normas jurídicas, aun cuando se trate de leyes, que son normas deliberadamente creadas, no son necesariamente órdenes dadas a *otros*. ¿Acaso las leyes no obligan, con frecuencia, a los propios legisladores? Finalmente ¿es menester que las normas legisladas, para ser normas jurídicas, expresen realmente los deseos, intenciones o anhelos efectivos de algún legislador? ¿No sería acaso norma jurídica una medida debidamente aprobada, si quienes la votaron no conocían su significado (como seguramente ocurre con más de un artículo de una Ley Financiera inglesa)?

Estas son algunas de las más importantes entre las numerosas objeciones posibles. Parece obvio que habrá que introducir