

SELECCIÓN DE TEXTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS

Pedro Gandolfo

PRÓLOGO

El Derecho ha sido objeto de meditación desde mucho antes que se constituyera en materia de una disciplina filosófica autónoma: la filosofía del Derecho. Esta denominación aparece a fines del siglo XVIII y principios del XIX dentro de los grandes sistemas del idealismo alemán. Aplicarla a pensadores anteriores y, hablar, por ejemplo, de “filosofía del Derecho de Aristóteles” resulta, en rigor, impropio y, por lo mismo, exige cautela. No obstante ello, el pensamiento jurídico de la tradición grecolatina y el pensamiento jurídico del protestantismo y de la Ilustración (aunque se hicieran bajo el rótulo de “ética” o “ciencia del Derecho natural”) influyeron de manera decisiva en el surgimiento de la “filosofía del Derecho” como disciplina de estudio vigente hasta hoy y pasaron a configurar algunas de sus principales escuelas. Asimismo, sin perjuicio de que muchos de los aportes contemporáneos más importantes al pensamiento sobre el Derecho fueron calificados por sus autores como “teoría del Derecho”, “teoría general del Derecho” u otras denominaciones semejantes (con el propósito,

PEDRO GANDOLFO. Profesor de Derecho y Filosofía, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile y Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Editor de Artes y Letras de *El Mercurio*.

muchas veces, de distanciarse de ciertos enfoques filosóficos o modos de comprender la filosofía) también serán incluidos en esta selección.

Criterios de selección

En todo este devenir filosófico, si bien es posible percibir la persistencia de terminologías similares y de algunos interrogantes o problemas centrales, de igual modo se puede constatar (por sobre esa aparente unidad y continuidad) la heterogeneidad y variabilidad de los contenidos y respuestas y, a su vez, de los enfoques, modelos o paradigmas según los cuales se seleccionan los problemas, se definen los presupuestos o fundamentos y los procedimientos para alcanzar las respuestas ejemplares.

Una selección de textos jurídicos relevante y de utilidad debe, a mi entender (y considerando la imposibilidad de abarcar aquella pluralidad de problemas, contenidos y respuestas), combinar dos criterios. Por un lado, dar cuenta de los principales modelos de aproximación al fenómeno jurídico que el pensamiento filosófico ha desplegado desde la antigüedad hasta nuestros días. Y, por el otro, poner énfasis en aquellos textos y autores básicos para las escuelas de filosofía jurídica prevaletentes en nuestros medios académicos.

El modelo aristotélico-tomista. Una primera línea de pensamiento, que ha dado lugar en nuestros días a la escuela del “Iusnaturalismo aristotélico-tomista”, tiene su origen en la reflexión de Aristóteles (*Ética a Nicómaco*, Libro V, y en la recepción que en el siglo XII hace Tomás de Aquino del pensamiento aristotélico (*Tratado de la Justicia y Tratado de la Ley*).

Los conceptos de “virtud”, “naturaleza”, “término medio”, “justicia”, “justo político”, “justo natural y justo convencional” y “equidad”, entre otros, forman parte de este modelo. Con todo, la recepción tomista de éste no es, como lo ha hecho notar con absoluta claridad Jürgen Habermas, una simple réplica. Si bien el Aquinate conserva el vínculo entre Derecho y Moral (a través de la virtud de la justicia) y la distinción dualista entre un Derecho natural y otro convencional o positivo, modifica el modelo original al cambiar el concepto de naturaleza (introduciéndole un carácter de fijeza e inmutabilidad que no aparece en Aristóteles) y al desarrollar largamente una teoría de la ley (que no existe en el Estagirita), dentro de la cual el concepto de “ley eterna” es esencial, dando cuenta de una nueva cosmovisión en el que Derecho no sólo resulta asociado con la Moral sino además con la

Teología. La escuela iusnaturalista aristotélico-tomista tiene importantes cultivadores contemporáneos, entre los más notables, cabe mencionar al John Finnis, Germain Grisez y Joseph Boyle.

El modelo del Derecho natural moderno. En el surgimiento del humanismo filosófico y después la filosofía de la Ilustración se va operando un cambio radical en el pensamiento jurídico, que tendrá su expresión en un conjunto de filósofos protestantes, entre ellos Hobbes, Grocio, Tomasio, Pufendorf y Wolff, que da lugar al denominado “Derecho natural racionalista” o “Iusnaturalismo racionalista” y a las filosofías del Derecho de Kant, Fichte y Hegel. En éstos, si bien se mantienen en apariencia algunas categorías aristotélico-tomistas, la concepción del Derecho y el paradigma o enfoque a partir del cual se lo entiende ha cambiado por completo. Por una parte, el Derecho es entendido como facultad o atributo de un individuo o la coordinación externa de dichas facultades, separándolo estrictamente de la Moral; por otra parte, el Derecho se seculariza, desprendiéndose de la Teología, substituyéndose una fundamentación divina por otra racional. En fin, se verifica de modo creciente, como consecuencia de la filosofía hegeliana, del historicismo y del positivismo de las ciencias naturales, una suerte de “ontologización” progresiva del Derecho, según la cual lo único que tendría propiamente entidad jurídica es el Derecho positivo. En Chile actualmente no existen representantes de la escuela del Derecho natural racional ni tampoco es posible encontrar adherentes a las teorías kantianas o hegelianas del Derecho. Sin embargo, el estudio de estos autores —hemos seleccionado a HOBBS y KANT— es imprescindible para comprender el pensamiento jurídico de la época y su evolución posterior.

Modelo imperativista-positivista. Entre las escuelas de pensamiento que corrieron en forma independiente a la filosofía europea continental, pero que a la larga ejercerían una gran influencia, parece imposible no considerar el aporte de las ideas utilitaristas de Jeremías Bentham y John Austin, quienes en conjunto formularon la denominada “teoría imperativista” del Derecho, según la cual éste sería un agregado o suma de leyes, entendiendo por tales los mandatos generales del soberano respaldados por la amenaza de una sanción coactiva. La definición de “mandato”, “soberano”, “hábito u obediencia”, “sanción”, entre otras, son objeto de permanente discusión en la tradición sajona y, sin perjuicio de sus dificultades, permiten una definición descriptiva del Derecho que distingue nítidamente el Dere-

cho que es de aquel que debe ser. En la selección se han escogido textos de AUSTIN (lo que no implica negar su deuda enorme con Bentham) por considerar que él da la configuración más acabada de esta escuela.

Modelo analítico-positivista. En la misma tradición del pensamiento anglosajón, aunque apoyado en la vertiente analítica del mismo, se ubica H. L. HART. Éste, en su obra principal, *El concepto del Derecho*, partiendo de una fuerte crítica a la teoría imperativista de Austin, propone un concepto del Derecho como sistema de reglas primarias y secundarias. La definición de “regla” y “obligación jurídica” (el punto de vista interno y externo), la distinción entre “reglas primarias y secundarias”, la idea de “discrecionalidad judicial” y la propuesta de un “Derecho natural de contenido mínimo” son materia de discusión insoslayable.

Modelo de las reglas y principios. Desde un ángulo apasionadamente liberal y antiutilitarista, el norteamericano RONALD DWORKIN ha criticado las ideas de Hart y de paso, según él, al positivismo jurídico. El punto principal de ataque es la teoría de la discrecionalidad judicial, uno de los pilares de la concepción hartiana y a la cual Dworkin opone su teoría de “la respuesta correcta”. Según Dworkin, su tesis sería no sólo descriptivamente verdadera (daría cuenta de lo que los jueces efectivamente hacen al fallar un caso) sino que también sería normativamente conveniente, es decir, superior desde un punto de vista ético, puesto que de ese modo se “toman los derechos individuales en serio”. La controversia Hart-Dworkin es una de las más vivas e interesantes del debate jurídico contemporáneo. En *Estudios Públicos*, N° 65 (verano 1997) aparece publicada la respuesta póstuma de H. L. Hart.

Positivism formalista y estatalista. Por cierto que ninguna selección de textos jurídicos sería representativa sin la presencia de los acápites más importantes de la obra del gran jurista vienés HANS KELSEN. Su versión del “positivismo jurídico”, de inspiración kantiana, formalista, estatalista y normativista, ha sido tremendamente influyente por su coherencia interna, la atractiva simplicidad y organicidad de sus planteamientos y la fuerza de sus argumentaciones. Sindicado usualmente como el representante más puro del positivismo, su teoría, aunque ya con menor pasión y energía, sigue siendo fuente de divisiones y refutaciones numerosas. La extrema “pureza” metodológica en su concepción de la teoría del Derecho, el “monismo” implacable (no sólo frente a la existencia del Derecho natural, sino ante una serie de distinciones usuales en la ciencia jurídica) y su estricto formalismo son los puntos más debatidos.

Modelo positivista-realista. En fin, la filosofía del Derecho de este siglo también ha recibido contribuciones importantes, la cuales, aún inscribiéndose dentro del positivismo, se caracterizan por cierto escepticismo frente a la importancia de las normas en la definición del Derecho y, al revés, por poner el énfasis en ciertas conductas en torno al Derecho. Para algunos, lo esencial al fenómeno jurídico radica en la conducta de los jueces (realismo norteamericano), a las conductas de los denominados “órganos primarios” (Joseph Raz) o, meramente, a las conductas de obediencia o desobediencia que determinan la “vigencia” de una norma. Dentro de esta tradición en que el Derecho es concebido esencialmente como un hecho, es decir, como un fenómeno social, el pensamiento de ALF ROSS, contenido principalmente en su obra *Sobre el Derecho y la Justicia*, resulta ser el más representativo y gravitante.

SELECCIÓN

ARISTÓTELES:

*Ética nicomaquea**

LIBRO V: DE LA JUSTICIA

1. Todos, a lo que vemos, entienden llamar justicia aquel hábito que dispone a los hombres a hacer cosas justas y por el cual obran justamente y quieren las cosas justas. De igual modo con respecto a la injusticia, pues por ella los hombres obran injustamente y quieren las cosas injustas. Asentemos, por tanto, estas proposiciones a manera de esbozo y por vía de preámbulo.

No pasan las cosas del mismo modo en las ciencias y facultades que en los hábitos. La misma facultad y ciencia, a lo que parece, trata de los contrarios; pero el hábito contrario no es de los contrarios. Así, de la salud no resultan efectos contrarios, sino solamente saludables; por lo cual decimos de alguien que anda con salud cuando anda como lo haría el que está sano.

* Texto extraído de Aristóteles, *Ética Nicomaquea* (México: Editorial Porrúa, Colección “Sepan Cuántos”, 1994). Traducción e introducción de Antonio Gómez Robledo.

Ahora bien, a menudo un hábito contrario se conoce por su contrario, y muchas veces también los hábitos se conocen por los sujetos en que están. Si la buena disposición corporal es conocida, conócese también la mala disposición; y, por otra parte, de los cuerpos que están en buena disposición se infiere la buena disposición, y de ésta los cuerpos que la tienen. Si la buena disposición es la consistencia de la carne, la mala disposición será de necesidad la flojedad de la carne, y lo que engendra la buena disposición será lo que produce la consistencia en la carne.

Acontece casi de ordinario que si un grupo de contrarios se toma en varios sentidos, el otro grupo se toma también en varios sentidos; y, si, por ejemplo, esto pasa con lo justo, otro tanto pasará con lo injusto y la injusticia. Ahora bien, la justicia y la injusticia se entienden, a lo que parece, en muchos sentidos, aunque por ser muy cercana una significación de la otra, la ambigüedad nos escapa, y no es tan manifiesta como cuando se aplica a cosas muy distantes entre sí, que difieren grandemente una de otra por su aspecto, como por ejemplo, cuando se llama con la misma palabra *kleis* (llave) la clavícula de un animal y el instrumento con que cerramos las puertas. Tomemos, pues, como punto de partida el determinar en cuántos sentidos se dice de uno que es injusto.

Son, pues, tenidos por injustos el transgresor de la ley, el codicioso y el inicuo o desigual; de donde es claro que el justo será el observante de la ley y de la igualdad. Lo justo, pues, es lo legal y lo igual; lo injusto lo ilegal y lo desigual.

Puesto que el injusto es codicioso, lo será con relación a los bienes, no a todos, sino a aquellos de que dependen la prosperidad y la adversidad, los cuales son siempre bienes tomados absolutamente, aunque para algunos no lo sean siempre. Ahora bien, los hombres desean esos bienes y los buscan, aunque no deberían obrar así, sino hacer votos para que los bienes que lo sean absolutamente lo sean también para ellos, y escoger entonces las cosas que son bienes para ellos.

El injusto no siempre toma para sí lo más, sino también lo menos en cosas absolutamente malas. Pero como el mal menor se juzga ser un bien en cierto sentido, y la codicia lo es del bien, por esto el que busca el mal menor puede pasar por codicioso. Llamémosle desigual, puesto que este término comprende tanto lo más como lo menos y es común a ambos.

Dado que al transgresor de la ley lo hemos visto como injusto y al observante de la ley como justo, es claro que todas las cosas legales son de algún modo justas. Los actos definidos por la legislación son legales, y de cada uno de ellos decimos que es justo. Ahora bien, las leyes se promulgan en todas las materias mirando ya al interés de todos en común, ya al interés

de los mejores o de los principales, sea por el linaje, sea por algún otro título semejante.

Así pues, en un sentido llamamos justo a lo que produce y protege la felicidad y sus elementos en la comunidad política. Porque la ley prescribe juntamente hacer los actos del valiente, tales como no abandonar las filas, ni huir, ni arrojar las armas; y los del temperante, como no cometer adulterio ni incurrir en excesos; y los del varón manso, como no herir ni hablar mal de nadie, y lo mismo en las otras virtudes y fechorías, ordenando unas cosas, prohibiendo otras, rectamente la ley rectamente establecida, menos bien la improvisada a la ligera.

La justicia así entendida es la virtud perfecta, pero no absolutamente, sino con relación a otro. Y por esto la justicia nos parece a menudo ser la mejor de las virtudes; y ni la estrella de la tarde ni el lucero del alba son tan maravillosos. Lo cual decimos en aquel proverbio:

En la justicia está toda virtud
en compendio.

Es ella en grado eminente la virtud perfecta, porque es el ejercicio de la virtud perfecta. Es perfecta porque el que la posee puede practicar la virtud con relación a otro, y no sólo para sí mismo, porque muchos pueden practicar la virtud en sus propios asuntos, pero no en sus relaciones con otro. Y por esto merece aprobación el dicho de Bías de que “el poder mostrará al hombre”, puesto que el gobernante está precisamente en la comunidad y para otro. Por lo cual también la justicia parece ser la única de las virtudes que es un bien ajeno, porque es para otro. Para los demás, en efecto, realiza el bienestar, para el gobernante o para un asociado. Si el peor de los hombres es el que emplea su maldad contra sí mismo y contra sus amigos, el mejor, a su vez, no es el que emplea la virtud para sí mismo, sino para otro: obra por cierto difícil.

La justicia así entendida no es una parte de la virtud, sino toda la virtud, como la injusticia contraria no es una parte del vicio, sino el vicio todo. En qué difieran esta justicia y la virtud, es patente por lo que hemos dicho. La virtud y la justicia son lo mismo en su existir, pero en su esencia lógica no son lo mismo, sino que, en cuanto es para otro, es justicia, y en cuanto es tal hábito en absoluto, es virtud.

2. Dejemos de lado la justicia y la injusticia coextensivas con la virtud total, y de las cuales una consiste en el uso de la virtud total con relación a otro, y la otra del vicio. Es claro cómo habría que definir lo justo

y lo injusto con arreglo a ellas. Sobre poco más o menos, la mayor parte de los actos prescritos por la ley son también los que proceden de la virtud total. La ley ordena vivir según cada una de las virtudes, así como prohíbe vivir según cada vicio particular. Y los actos que producen la virtud total son también de la competencia de las leyes, o sea todas las prescripciones legales relativas a la educación para el bien común. En cuanto a la educación particular, según la cual se es hombre de bien hablando en absoluto, dilucidaremos después si es del dominio de la ciencia política o de otra, pues quizás no sea lo mismo en todos los casos el concepto de hombre bueno y el de buen ciudadano.

De la justicia particular y de justo según ella, una forma tiene lugar en las distribuciones de honores y de riquezas o de otras cosas que pueden repartirse entre los miembros de la república, en las cuales puede haber desigualdad e igualdad entre uno y otro. La otra forma desempeña una función correctiva en las transacciones o conmutaciones privadas. De ésta, a su vez hay dos partes, comoquiera que de las transacciones privadas unas son voluntarias y otras involuntarias. Voluntarias son, por ejemplo, la venta, la compra, el préstamo de consumo, la fianza, el comodato, el depósito, el salario. Llámense voluntarias porque el principio de semejantes relaciones es voluntario. De las involuntarias, unas son clandestinas, como el hurto, el adulterio, el envenenamiento, la alcahuetería, la corrupción del esclavo, el asesinato por alevosía, el falso testimonio. Otras son violentas, como la sevicia, el secuestro, el homicidio, el robo con violencia, la mutilación, la difamación, el ultraje.

3. Puesto que el injusto es desigual y lo injusto es lo desigual, claro está que hay algún término medio de lo desigual, que es lo igual. Porque en toda acción en que hay lo más y lo menos hay también lo igual. Si, pues, lo injusto es lo desigual, lo justo será lo igual; lo cual sin otra razón lo estiman así todos. Y puesto que lo igual es un medio, lo justo será también una especie de medio.

Ahora bien, lo igual supone por lo menos dos términos. Lo justo, por tanto, debe de necesidad ser medio e igual (y relativo a algo y para ciertas personas). En tanto que medio lo es entre ciertos términos que son lo más y lo menos; en tanto que igual supone dos cosas; en tanto que justo, ciertas personas para quienes lo sea. Siendo así, lo justo supone necesariamente cuatro términos por lo menos: las personas para las cuales se da algo justo, que son dos, y las cosas en que se da, que son también dos. Y la igualdad será la misma para las personas que en las cosas, pues como están éstas entre sí, estarán aquéllas también. Si las personas no son iguales, no tendrán

cosas iguales. De aquí los pleitos y las reclamaciones cuando los iguales tienen y reciben porciones no iguales, o los no iguales porciones iguales. Lo cual es manifiesto además por el principio de que debe atenderse al mérito. Todos reconocen que lo justo en las distribuciones debe ser conforme a cierto mérito; sólo que no todos entienden que el mérito sea el mismo. Los partidarios de la democracia entienden la libertad; los de la oligarquía, unos la riqueza, otros el linaje; los de la aristocracia, la virtud.

Así, lo justo es algo proporcional. Lo proporcional no es propio tan sólo del número como unidad abstracta, sino del número en general. La proporción es una igualdad de razones y se da en cuatro términos por lo menos.

Que la proporción discreta esté compuesta de cuatro términos es evidente; pero también la proporción continua, porque ésta emplea un término como si fuesen dos, y lo repite. Al decir, por ejemplo: “como la línea A es a la línea B, así la línea B es a la línea C”, se enuncia dos veces la línea B, de modo que tomando dos veces la línea B, cuatro serán los términos de la proporción.

Pues lo justo está también en cuatro términos, por lo menos, y la razón en una pareja es la misma que la que hay en la otra pareja, porque las líneas que representan las personas y las cosas están divididas de la misma manera. Como el primer término es al segundo, así el tercero al cuarto; y alternando, como el primero es al tercero, así el segundo al cuarto. Así el total estará en la misma relación con el total, lo cual se lleva a cabo por medio de una distribución que acopla los términos dos a dos, y si se combinan entre sí, la adición será justa. De esta suerte, la unión del primer término con el tercero y la del segundo con el cuarto es lo justo la distribución, y lo justo es entonces un medio entre extremos desproporcionados, porque lo proporcional es un medio, y lo justo es proporcional. (Los matemáticos llaman a ésta proporción geométrica. En la proporción geométrica, en efecto, el total es al total como cada uno de los términos con relación al otro.) Pero esta proporción no es continua, porque no hay numéricamente para la persona y para la cosa un término único.

Lo justo es, pues, lo proporcional; lo injusto lo que está fuera de la proporción, lo cual puede ser en más y en menos. Esto es lo que acontece en la práctica: el que comete injusticia tiene más; el que la sufre, menos de lo que estaría bien.

En el mal es a la inversa: el mal menor está en concepto de bien comparado con el mal mayor. El mal menor es preferible al mayor; ahora bien, lo preferible es un bien, y cuanto más preferible, mayor bien. Tal es, pues, una de las dos formas de lo justo.

4. La otra forma que resta es lo justo correctivo, que se da en las transacciones privadas, tanto en las voluntarias como en las involuntarias.

Lo justo tiene aquí otra forma distinta de lo justo anterior. Lo justo distributivo, en efecto, se refiere a las cosas comunes, y es siempre conforme a la proporción antes dicha. Si se hace la distribución de las riquezas comunes, se hará según la razón que guarden entre sí las aportaciones particulares. Lo injusto, por su parte, siendo lo opuesto a lo justo, consiste en estar fuera de dicha proporción. Mas lo justo en las transacciones privadas, por más que consista en cierta igualdad, así como lo injusto en cierta desigualdad, no es según aquella proporción, sino según la proporción aritmética. Es indiferente, en efecto, que sea un hombre bueno el que haya defraudado a un hombre malo, o el malo al bueno, como también que sea bueno o malo el que haya cometido adulterio. La ley atiende únicamente a la diferencia del daño y trata como iguales a las partes, viendo sólo si uno cometió injusticia y otro la recibió, si uno causó un daño y otro lo resintió.

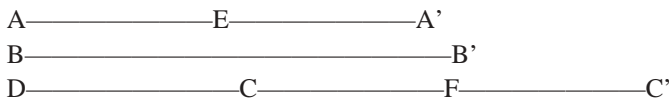
En consecuencia, el juez procura igualar esta desigualdad de que resulta la injusticia. Cuando uno es herido y otro hiere, o cuando uno mata y otro muere, la pasión y la acción están divididas en partes desiguales, y el juez trata entonces de igualarlas con el castigo, retirando lo que corresponda del provecho del agresor. De estos términos nos servimos de una manera general en semejantes casos, bien que en algunos no sea nombre apropiado el de provecho, aplicado al que ha herido, o el de pérdida en la víctima. Sin embargo, todas las veces que un daño pueda ser medido, a un extremo se le llama pérdida y al otro provecho. Así, siendo lo igual un medio entre lo más y lo menos, el provecho y la pérdida son respectivamente más y menos de manera contraria: más de lo bueno y menos de lo malo son provecho, y lo contrario pérdida. Y como entre ambas cosas el medio es lo igual, y es lo que llamamos justo, síguese que lo justo correctivo será, por tanto, el medio entre la pérdida y el provecho.

Por esta razón, todas las veces que los hombres disputan entre sí, recurren al juez. Ir al juez es ir a la justicia, pues el juez ideal es, por decirlo así, la justicia animada. Las partes buscan en el juez como un medio entre ellas; y de aquí que en algunos lugares se llame a los jueces mediadores, como dando a entender que cuando alcanzan el medio alcanzan la justicia. Lo justo es, pues, un medio, puesto que el juez lo es.

Ahora bien, el juez restaura la igualdad; y como si hubiese una línea dividida en partes desiguales, aquello en que el segmento más grande excede a la mitad lo separa el juez y lo añade al segmento más pequeño. Y cuando el todo ha sido dividido en dos mitades, se dice que cada uno tiene lo suyo, o sea cuando reciben partes iguales. Lo igual es aquí el medio entre

lo mayor y lo menor según la proporción aritmética. Y por esto lo justo se llama así (*dikaion*) porque indica la división en dos mitades (*dixa*), como si dijera “partido en dos” (*díxaion*) y el juez (*dikastês*) fuera el que parte en dos (*dixastês*).

Si, dadas dos cantidades iguales, se quita una parte a una y se le añade a la otra, ésta excederá a la otra en dos veces dicha parte. De manera que la cantidad mayor excede al medio en una parte, así como el medio excede en una parte también a la cantidad de que se hizo la sustracción. Y por este modo sabremos lo que es preciso quitar al que tiene más, y lo que es preciso añadir al que tiene menos. Al que tiene menos es preciso añadirle aquello en que el medio lo excede, y al que tiene más hay que quitarle aquello en que excede al medio. Sean tres líneas: AA', BB', CC', iguales entre sí. De AA' quitémos el segmento AE y añadamos a CC' el segmento CD. Así, la línea entera DCC' excede a la línea EA' por el segmento CD y por el segmento CF, y por tanto a la línea BB' por el segmento CD:



(Lo mismo acaece en las demás artes. Estas desaparecerían si lo que el elemento paciente recibe no fuese tanto y tal como lo que produce el elemento agente, y de la misma cantidad y cualidad.)

Estos nombres de pérdida y de provecho han venido de los cambios voluntarios. Del que tiene más de lo que era antes suyo se dice que ha obtenido un provecho, y del que tiene menos de lo que tenía al principio, que ha sufrido una pérdida.

Así pasa, por ejemplo, en las compras y ventas, y en todos los otros casos en que la ley deja libertad de contratación. Pero cuando no se obtiene ni más ni menos, sino que las partes tienen lo que tenían por sí mismas, se dice que cada uno tiene lo suyo, y no hay pérdida ni provecho. Por tanto, lo justo es el medio entre cierto provecho y cierta pérdida en las transacciones no voluntarias, y consiste en tener una cantidad igual antes que después.

6. Puesto que puede acontecer que quien comete una injusticia no sea aún injusto, preguntémonos cuáles son las injusticias que hay que cometer para ser ya injusto, se trate del adúltero o del bandido. ¿O es que no habrá ninguna diferencia? Porque puede un hombre ayuntarse con una mujer y saber con quién, pero no bajo el imperio de la deliberación, sino por pasión. Por cierto que comete injusticia; más con todo, no es injusto, como

tampoco es ladrón el que hurtó, ni adúltero el que cometió adulterio, y lo mismo en los demás casos.

Cuál es la relación que guarda la reciprocidad con la justicia, queda dicho con antelación. Pero no debe ocultárenos que lo que indagamos es tanto lo absolutamente justo como lo justo político, o sea lo justo entre los asociados para la suficiencia de la vida, y que son libres e iguales, bien sea proporcional o numéricamente. De manera que entre quienes esto no se cumple, no habrá en sus relaciones mutuas justicia política, sino una especie de justicia y por semejanza. Lo justo, en efecto, existe sólo entre hombres cuyas relaciones mutuas están gobernadas por ley; y la ley existe para hombres entre quienes hay injusticia, puesto que la sentencia judicial es el discernimiento de lo justo y de lo injusto. Y entre quienes puede haber injusticia, pueden también cometerse actos injustos (por más que no en todos los que cometen actos injustos se pueda decir que haya injusticia) y tales actos consisten en atribuirse más de lo debido de los bienes en absoluto, y menos de lo debido de los males en absoluto.

Por este motivo no permitimos que gobierne el hombre, sino la ley, porque el hombre ejerce el poder para sí mismo y acaba por hacerse tirano. Pero el magistrado es el guardián de lo justo; y si de lo justo, también de lo igual. Si el magistrado es justo, no se atribuye, según la opinión general, nada excesivo, porque no se adjudica más de lo debido de los bienes en sí, a no ser una porción proporcional a sus méritos. Y así, el magistrado justo trabaja para los demás; y por esto se dice que la justicia es el bien de los demás, según quedó afirmado con antelación. En consecuencia, hay que asignar al magistrado cierta retribución, la cual consiste en honores y prerrogativas. Los que no encuentran suficientes tales recompensas se transforman en tiranos.

La justicia del amo y la del padre no es la misma que la de los ciudadanos, sino semejante; porque no hay injusticia en sentido absoluto, con lo que es de uno mismo; ahora bien, el siervo y el hijo, mientras no llega a cierta edad y se separa del padre, son como parte del padre y del señor, y nadie elige deliberadamente dañarse a sí mismo, y por tanto no hay injusticia con respecto a aquéllos. No cabe aquí lo injusto ni lo justo político, porque una y otra cosa, según vimos, lo son de acuerdo con la ley y se dan entre personas naturalmente sujetas a la ley, es decir, entre personas que participan igualmente en el gobierno activo y en el pasivo. De aquí que la justicia exista más bien con relación a la esposa que con relación a los hijos y a los esclavos; sólo que se trata entonces de la justicia doméstica, diferente ella también de la política.

7. De lo justo político una parte es natural, otra legal. Natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación. Legal es lo que en un principio es indiferente que sea de este modo o del otro, pero que una vez constituidas las leyes deja de ser indiferente; por ejemplo, pagar una mina por el rescate de un prisionero, o sacrificar una cabra y no dos ovejas, así como también lo legislado en casos particulares, como ofrecer sacrificios en honor de Brasidas, y los ordenamientos en forma de decretos.

Parécenos a algunos que todas las normas son de derecho legal, dando como razón que lo que es por naturaleza es inmutable y tiene dondequiera la misma fuerza, como el fuego, que quema aquí lo mismo que en Persia, mientras que, por el contrario, vemos cambiar las cosas tenidas por justas.

No pasan las cosas así precisamente, aunque sí en cierto sentido. Por más que entre los dioses la mudanza tal vez no exista en absoluto, entre nosotros todo lo que es por naturaleza está sujeto a cambio, lo cual no impide que ciertas cosas sean por naturaleza y que algunas otras no sean por naturaleza.

De las cosas susceptibles de ser de otro modo, cuáles son por naturaleza y cuáles no, sino por disposición de la ley, y por convención, es manifiesto, aun en el supuesto de que unas y otras estén sujetas a mudanza. Y la misma distinción se aplicará en todas las otras cosas. Porque naturalmente la mano derecha es de más fuerza, y con todo cabe la posibilidad de que cualquier hombre llegue a ser ambidextro.

Las cosas que son justas por convención y conveniencia son semejantes a las medidas. No en todas partes son iguales las medidas para el vino y para el trigo, sino que son mayores en las compras al por mayor y menores en las ventas al por menor. Pues del mismo modo las cosas justas que no son naturales, sino por humana disposición, no son las mismas en todas partes, como no lo son las constituciones políticas, aunque en todas partes hay una solamente que es por naturaleza la mejor.

Cada una de las normas justas y legales es como lo general con relación a los casos particulares. Nuestros actos son muchos, pero cada norma es única, puesto que es general.

Hay diferencia entre la acción injusta y lo injusto, así como entre la acción justa y lo justo. Lo injusto lo es por naturaleza o por disposición de la ley. Esto mismo, cuando se ejecuta, es una acción injusta; pero antes de ejecutarse no lo es aún, sino sólo algo injusto. Y otro tanto con respecto al acto de justicia, por más que el término general sea más bien “acción justa”, y el término “acto de justicia” se aplique a la corrección de una injusticia.

En cada una de estas cosas hemos de considerar más tarde cuáles son sus formas, cuántas, y cuáles los objetos a que pueden referirse.

8. En seguida debemos hablar de la equidad y de lo equitativo, y de la relación que guardan la equidad con la justicia y lo equitativo con lo justo.

Como resultado de su examen, percíbese que no son cosas absolutamente idénticas, pero tampoco diferentes genéricamente. Porque unas veces alabamos lo equitativo y al varón equitativo a tal punto que por vía de alabanza extendemos el concepto a todas las otras virtudes y llegamos a sustituir el término de bueno por el de equitativo, mostrando lo más equitativo como lo mejor. Pero otras veces, cuando nos atenemos a la lógica de los conceptos, parece absurdo que lo equitativo, si es algo que cae fuera de lo justo, pueda ser laudable. O lo justo no es bueno, o lo equitativo no es justo si es diferente; o si ambos son buenos, son lo mismo.

De estas razones, poco más o menos, viene la dificultad en el caso de la equidad. En cierto modo, sin embargo, todas esas expresiones son correctas y no hay en ellas nada contradictorio. Lo equitativo, en efecto, siendo mejor que cierta justicia, es justo; y por otra parte, es mejor que lo justo no porque sea de otro género. Por tanto, lo justo y lo equitativo son lo mismo; y siendo ambos buenos, es, con todo, superior lo equitativo.

Lo que produce la dificultad es que lo equitativo es en verdad justo, pero no según la ley, sino que es un enderezamiento de lo justo legal. La causa de esto está en que toda ley es general, pero tocante a ciertos casos no es posible promulgar correctamente una disposición en general. En los casos, pues, en que de necesidad se ha de hablar en general, por más que no sea posible hacerlo correctamente, la ley toma en consideración lo que más ordinariamente acaece, sin desconocer por ello la posibilidad de error. Y no por ello es menos recta, porque el error no está en la ley ni en el legislador, sino en la naturaleza del hecho concreto, porque tal es, directamente, la materia de las cosas prácticas.

En consecuencia, cuando la ley hablare en general y sucediera algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviera ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado.

Por tanto, lo equitativo es justo, y aun es mejor que cierta especie de lo justo, no mejor que lo justo en absoluto, sino mejor que el error resultante de los términos absolutos empleados por la ley. Y ésta es la naturaleza de lo

equitativo: ser una rectificación de la ley en la parte en que ésta es deficiente por su carácter general.

La causa de que no todo pueda determinarse por la ley es que sobre ciertas cosas es imposible establecer una ley, sino que hace falta un decreto. Porque para lo indefinido la regla debe también ser indefinida, como la regla de plomo usada en la arquitectura de Lesbos, regla que se acomoda a la forma de la piedra y no permanece la misma. Pues así también el decreto se acomoda a los hechos.

Está, pues, manifiesto qué es lo equitativo, y qué es justo, y mejor qué cierta especie de lo justo. Evidente es también, por lo dicho, quién es el hombre equitativo. El que elige y practica actos como los indicados, y que no extrema su justicia hasta lo peor, antes bien amengua su pretensión, por más que tenga la ley en su favor, es equitativo; y la equidad es el hábito descrito, siendo cierta especie de justicia y no un hábito diferente.

SANTO TOMÁS DE AQUINO:

Suma teológica *

“LA LEY” (TOMO VIII)

Cuestión 90. De las leyes

Artículo I: De sí la ley es algo de la razón

PARECERÍA que la ley no fuese algo de la razón, porque:

1º Dice el Apóstol (*Rom. 7, '23*): *veo otra ley en mis miembros*. Pero nada existente en la razón está en los miembros, puesto que la razón no se vale de órgano corporal. Luego, la ley no es algo de la razón.

2º En la razón no hay sino potencia, hábito y acto. Pero la ley no es la potencia misma de la razón. Y tampoco es algún hábito de ella; pues los hábitos de la razón son las virtudes intelectuales, de las que se ha hablado (C. 57). Ni tampoco acto de la razón, puesto que cesando la razón cesaría la ley, por ejemplo en los que duermen. Luego, la ley no es algo de la razón.

* Texto extraído de Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, tomos VIII y XI (Buenos Aires: Club de Lectores, 1988). Traducción, notas, explicaciones y comentarios de Ismael Quiles.

3° La ley mueve a obrar rectamente a los sometidos a ella. Pero mover a obrar pertenece propiamente a la voluntad, como se dijo (C. 9, a.1). Luego, la ley no pertenece a la razón, sino más bien a la voluntad, según lo que dice también el jurisperito. (Lib. I, tit. 4, *De constit. princ.*) que *lo que agradó al príncipe tiene fuerza de ley*.

CONTRA ESTO, a la ley compete mandar y prohibir. Pero imperar es propio de la razón, como se ha dicho (C.17,a.1). Luego, la ley es algo de la razón.

RESPONDO: Debe decirse que la ley es cierta regla y medida de los actos, según la cual uno es inducido a obrar o se retrae de ello; porque ley (*lex*) se deriva de ligar (*ligare*), por cuanto obliga a obrar. Mas la regla y medida de los actos humanos es la razón, que es el primer principio de ellos, como es manifiesto por lo dicho (C. 66, a.1), ya que a la razón compete ordenar al fin, *que es el primer principio en lo operable*, según Aristóteles (*Ethic.* 1. 7, c. 8). Y en cada género aquello que es primer principio es medida y regla de aquel género, como la unidad en el género de los números y el primer movimiento en el género de los movimientos. De donde se sigue que la ley es algo que pertenece a la razón.

A LA OBJECCIÓN 1ª diremos que siendo la ley cierta regla y medida, se dice estar en algo de dos maneras: De una, como en el que mide y regula. Y pues esto es propio de la razón en este concepto la ley está en sola la razón. De otra manera, como en lo regulado y medido. Y así la ley existe en todos los que se inclinan a algo por alguna ley, de modo que cualquier inclinación proveniente de alguna ley puede decirse ley, no esencialmente, sino como por participación. Y en tal sentido la misma inclinación de los miembros a la concupiscencia se llama ley de los miembros.

A la 2ª, que así como en los actos exteriores debe considerarse la operación y lo operado, por ejemplo la edificación y lo edificado; así en las obras de la razón debe considerarse el acto mismo de ella, que es el entender y razonar, y algo constituido por este acto lo cual en la razón especulativa es en primer lugar la definición; segundo, la enunciación, y tercero, el silogismo o argumentación. Y porque también la razón práctica hace uso de cierto silogismo en sus operaciones, como se dijo (C.13, a.3, y C.77, a.2), según Aristóteles enseña (*Ethic.* 1. 7,c. 3); por eso hay que reconocer en la razón práctica algo que sea respecto de las operaciones lo que la proposición en la razón es respecto de las conclusiones. Y estas proposiciones universales de la razón práctica ordenadas a los actos tienen carácter de ley. Y unas veces se consideran actualmente y otras se conservan habitualmente en la razón.

A la 3ª que la razón recibe de la voluntad la fuerza de mover, como se ha dicho (C.17, a. 1). Pues, por lo mismo que alguno quiere un fin, la

razón manda aquellas cosas que conducen a ese fin. Mas la voluntad respecto de esas cosas que impera, para que tenga carácter de ley, es preciso que sea regulada por alguna razón. Y así se entiende que la *voluntad del príncipe tiene fuerza de ley*, pues de otro modo esta voluntad más sería iniquidad que ley.

Artículo II: De si la ley se ordena siempre al bien común

PARECERÍA que la ley no se ordenase siempre al bien común como a su fin, porque:

1° A la ley pertenece el mandar y prohibir. Pero los preceptos se ordenan a ciertos bienes particulares. Luego, no siempre el fin de la ley es el bien común.

2° La ley dirige al hombre en sus acciones. Pero los actos humanos se realizan en los individuos. Luego, la ley se ordena a algún bien particular.

3° San Isidoro dice (*Etym.* 1. 5, c. 3): *Si la ley es constituida por la razón, ley será todo lo que por esta se constituyera*. Pero la razón establece no sólo lo que se ordena al bien común, sino también lo que se refiere al fin privado de solo uno. Luego, la ley no se ordena solamente al bien común, sino también al bien privado de uno solo.

CONTRA ESTO, el mismo San Isidoro dice (*Etym.* 1. 5, C. 21) que *la ley no ha sido hecha para el bien particular, sino para la utilidad común de los ciudadanos*.

RESPONDO: Debe decirse que, según lo expuesto (a. 1), la ley pertenece a lo que es el principio de los actos humanos, porque es su regla y medida. Y así como la razón es el principio de los actos humanos, así también en la razón misma hay algo que es el principio respecto de todo lo demás. Por lo que conviene que la ley pertenezca principalmente y sobre todo a esto. Y el primer principio de las operaciones, que dependen de la razón práctica, es el fin último. Y el fin último de la vida humana es la felicidad o bienaventuranza, según lo dicho (C. 1, a. 6 y 7, y C. 2, a. 5 y 7). Por lo cual es preciso que la ley atienda ante todo al orden que se halla en la bienaventuranza. Además, puesto que toda parte se ordena al todo, como lo imperfecto a lo perfecto, y un hombre es parte de la comunidad perfecta, es necesario que la ley atienda propiamente al orden de la felicidad común.

Por lo cual Aristóteles en la dicha definición de las cosas legales hace mención de la felicidad y comunidad política. Porque dice (*Ethic.* 1. 5, c. 1) que *llamamos justas a las leyes que producen y conservan la felicidad y sus partes, en comunidad política*; pues la ciudad es una comunidad perfec-

ta (*Polit.* 1. i, c.1). Y en cada género aquello a lo que se llama principal es al principio de lo demás, y las demás cosas se designan por su relación con él, como el fuego, que es lo más cálido, es la causa del calor en los cuerpos mixtos, que en tanto se dicen cálidos, en cuanto participan del fuego. Por lo cual conviene que si la ley se dice tal principalmente en cuanto se ordena al bien común, cualquier otro precepto referente a una operación particular no tenga razón de ley, sino según se ordena al bien común. Y por esto toda ley se ordena al bien común.

A LA OBJECCIÓN 1ª diremos que el precepto importa la aplicación de la ley a las cosas que se regulan por ella. Mas el orden al bien común, que pertenece a la ley, es aplicable a fines singulares. Y según esto, también acerca de algunos bienes particulares pueden darse preceptos.

A la 2ª, que las operaciones existen ciertamente en los particulares. Pero esos particulares pueden referirse al bien común, no en verdad por comunidad de género o de especie, pero sí por comunidad de causa final, a la manera como el bien común se llama fin común.

A la 3ª, que así como nada se establece firmemente para la razón especulativa, si no es por resolución a los primeros principios indemostrables; así también nada se establece con firmeza por la razón práctica, si no es en cuanto que se ordena al último fin, que es el bien común. Y lo que se ha establecido así por la razón tiene carácter de ley.

Cuestión 91: De la diversidad de leyes

Artículo I: De si hay alguna ley eterna

PARECERÍA que no hubiese alguna ley eterna, porque:

1º Toda ley se impone a algunos. Pero no existió desde toda la eternidad alguien a quien se pudiera imponer alguna ley, pues sólo Dios existió desde siempre. Luego, no hay ley alguna eterna.

2º La promulgación es de esencia de la ley. Mas la promulgación no pudo hacerse desde toda la eternidad, pues no existía desde toda la eternidad alguien a quien promulgarla. Luego, ninguna ley puede ser eterna.

3º La ley importa orden a un fin. Pero nada de lo que se ordena a un fin es eterno, porque sólo es eterno el último fin. Luego, ninguna ley es eterna.

CONTRA ESTO, dice San Agustín (*De lib. arb.* 1. 1, c. 6): *la ley, que se denomina razón suprema, no puede menos de parecer inmutable y eterna, a los ojos de cualquier ser inteligente.*

RESPONDO: Debe decirse que, según lo expuesto (C. 90, a. 1 y 4), la ley no es otra cosa que el dictamen de la razón práctica en el príncipe que gobierna alguna comunidad perfecta. Y es manifiesto, supuesto que el mundo es regido por la providencia divina, como se ha demostrado (P.I, C. 22, a.1 y 2), que toda la comunidad del universo es gobernada por la razón divina. Y por eso esa misma razón del gobierno de las cosas existente en Dios como en Príncipe de la universalidad, tiene naturaleza de ley. Y porque la razón divina nada concibe desde el tiempo, sino que tiene un concepto eterno, como se expresa en *Prov.* 8, 22 y sig., de ahí se sigue que conviene llamar eterna a una ley así.

A LA OBJECCIÓN 1ª diremos que las cosas que no son en sí mismas existen en Dios, en cuanto son conocidas y preordenadas por Él, según aquello (*Rom.* 4, 17) : *el que llama a las cosas que no son como a las que son*. Así pues el concepto eterno de divina ley tiene naturaleza de ley eterna, en cuanto Dios la ordena al gobierno de las cosas preconocidas por Él.

A la 2ª, que la promulgación se hace de palabra y por escrito, y de ambos modos la ley eterna tiene promulgación de parte de Dios que la promulga; porque el Verbo divino es eterno, y la escritura del libro de la vida es eterna. Pero de parte de la creatura, que la oye o la lee, la promulgación no puede ser eterna.

A la 3ª que la ley importa orden al fin activamente, a saber, en cuanto por ella se ordenan las cosas al fin; mas no pasivamente, es decir, porque la misma ley se ordene al fin, a no ser accidentalmente en el gobernante cuyo fin está fuera de sí mismo y al cual fin es también necesario que él ordene su ley. Pero el fin de la gobernación divina es el mismo Dios, y su ley no es otra cosa que Él mismo. Por lo cual, la ley eterna no se ordena a otro fin.

Artículo II: De si hay en nosotros alguna ley natural

PARECERÍA que no hubiese en nosotros una ley natural, porque:

1º El hombre es suficientemente gobernado por la ley eterna, pues dice San Agustín (*De lib. arb.* l. 1, c. 6) que *la ley eterna es aquella según la cual es justo que todas las cosas sean perfectísimamente ordenadas*. Pero la naturaleza no multiplica las cosas superfluas, como tampoco falta en las necesarias. Luego, no hay para el hombre alguna ley natural.

2º Por la ley se ordena el hombre en sus actos a su fin, como se ha indicado (C. 90, a. 2). Pero la ordenación de los actos humanos al fin no se verifica por la naturaleza, como sucede en las criaturas irracionales, que con sólo el apetito natural obran por algún fin, sino que el hombre obra por

algún fin sean su razón y voluntad. Luego, no hay ley alguna natural al hombre.

3° Cuanto más libre es alguno, tanto menos está sometido a la ley. Pero el hombre es más libre que los demás animales a causa de su libre albedrío, en que se aventaja a éstos. Por lo tanto, como los otros animales no están sometidos a una ley natural, el hombre tampoco lo estará.

CONTRA ESTO, sobre aquello (*Rom. 2*), *los gentiles que no tienen ley, hacen naturalmente lo que es de la ley*, dice la Glosa (ordin.) que, *si no tienen ley escrita, tienen no obstante la ley natural, por la que cada uno conoce y se da cuenta de lo que es bueno y lo que es malo*.

RESPONDO: Debe decirse que, según lo expuesto (C. 90, a.1, a la Iª), siendo la ley una regla y medida, puede existir en alguno de dos maneras: de una, como en el que regula y mide; de otra, como en lo regulado y medido. Porque en cuanto alguno participa de la regla o medida, así es regulado o medido. Por lo cual, como todas las cosas que están sometidas a la providencia divina son reguladas y medidas por la ley eterna, según consta de lo dicho (a. x), es evidente que todas las cosas participan en algún modo de la ley eterna, a saber, en cuanto por la impresión de ella tienen inclinación a sus propios actos y fines. Ahora bien, entre las demás, la creatura racional está sometida a la providencia divina de un modo más excelente, en cuanto participa de esta providencia, proveyendo a sí misma y a las demás. Por lo cual hay en ella una participación de la razón eterna, por la cual tiene inclinación natural a su debido acto y fin. Y tal participación de la ley eterna en la creatura racional se llama ley natural. Por lo que el Salmista, después de haber dicho (*Ps. 4, 6*): *Sacrificad sacrificio de justicia*, como respondiendo a quienes preguntasen qué son obras de justicia, añade: *Muchos dicen, ¿quién nos manifiesta los bienes?*, a lo que responde diciendo (v. 7): *Sellada está, Señor, sobre nosotros la ley de tu rostro*, como si la luz de la razón natural, por la que discernimos lo que es bueno y lo que es malo, cosa que pertenece a la ley natural, no fuese otra cosa que la impresión de la luz divina en nosotros. De donde resulta evidente que la ley natural no es otra cosa que la participación de la ley eterna en la creatura racional.

A LA OBJECCIÓN 1ª diremos que esa razón sería procedente, si la ley natural fuese algo diverso de la ley eterna. Mas dicha ley no es otra cosa que una participación de esta última, como se ha dicho.

A la 2ª, que toda operación de la razón y de la voluntad se deriva en nosotros de lo que es conforme a la naturaleza, como se ha demostrado (C. 10, a. 1), pues todo razonamiento dimana de los principios conocidos naturalmente, y todo apetito de los medios conducentes al fin se deriva del

natural apetito del último fin. Y así también es preciso que la primera dirección de nuestros actos al fin se verifique por la ley natural.

A la 3ª, que aun los animales irracionales participan a su modo de la razón eterna, como también la creatura racional. Pero porque la creatura racional participa de ella intelectual y racionalmente, por eso la participación de la ley eterna en la creatura racional se llama propiamente ley, por ser la ley algo de la razón, como se ha dicho (C. 90, a. 1). Mas en las creaturas irracionales no se participa, por lo que no puede hablarse de ley sino por semejanza.

Artículo III: De si hay alguna ley humana

PARECERÍA que no hubiese ley alguna humana, porque:

1º La ley natural es una participación de la ley eterna, como se ha dicho (a. 2). Pero por la ley eterna *todas las cosas están perfectísimamente ordenadas*, según dice San Agustín (*De lib. arb.* 1. 1, c. 6). Luego la ley natural basta para ordenar todas las cosas humanas, Luego, no es necesario que haya alguna ley humana.

2º La ley tiene razón de medida, como se ha dicho (C. 90, a.1 y 2). Pero la razón humana no es la medida de las cosas, sino más bien al contrario, como se ve (*Met.* 1. 10 t. 5). Luego, de la razón humana no puede proceder ley alguna.

3º La medida debe ser certísima, como se dice en (*Met.* 1. 10. t. 3). Pero el dictamen de la razón humana respecto de las cosas que deben hacerse es incierto, según aquello (*Sap.* 9,14): *Los pensamientos de los mortales son tímidos, e inciertas nuestras providencias*. Luego, ninguna ley puede provenir de la razón humana.

CONTRA ESTO, San Agustín (*De lib. arb.* 1., 1, c. 6) menciona dos leyes, una eterna y la otra temporal, que dice ser humana.

RESPONDO: Debe decirse que, como arriba se ha expuesto (C. 90, a. 1, a la 2ª), la ley es cierto dictamen de la razón práctica. Mas el modo de proceder de la razón práctica resulta ser semejante al de la especulativa; puesto que ambas proceden de algunos principios a ciertas consecuencias, como se ha dicho (*ibíd.*). Según esto, pues, habremos de decir que así como en la razón especulativa de principios indemostrables naturalmente conocidos se deducen conclusiones relativas a diversas ciencias, cuyo conocimiento no lo tenemos naturalmente, sino que lo adquirimos por la industria de la razón, así también de los preceptos de la ley natural, como de ciertos principios comunes e indemostrables, es necesario que pase la razón huma-

na a disponer más particularmente algunas cosas. Y estas disposiciones particulares descubiertas según la razón humana se llaman leyes humanas, observadas las demás condiciones que tocan a la esencia de la ley, como arriba se ha dicho (C. 90). Por esto dice Cicerón, en su *Retórica (De invent. l. 2)* que *el principio del derecho partir de la naturaleza; después algunas cosas erigiéronse en costumbre por razón de utilidad, y luego, las cosas originadas en la naturaleza y aprobadas por la costumbre fueron sancionadas por el temor a las leyes y por la religión.*

A LA OBJECCIÓN 1^a diremos que la razón humana no puede participar por completo del dictamen de la razón divina, sino a su modo e imperfectamente. Y así como por parte de la razón especulativa, por natural participación de la sabiduría divina hay dentro de nosotros un conocimiento de ciertos principios comunes, mas no el conocimiento propio de cualquiera verdad, tal como se contiene en la divina sabiduría, así también por parte de la razón práctica el hombre participa naturalmente de la ley eterna en cuanto a ciertos principios comunes, mas no respecto de la dirección particular de las cosas singulares, las cuales sin embargo se hallan contenidas en la ley eterna. Y por esto es necesario luego que la razón humana proceda a la sanción particular de algunas leyes.

A la 2^a, que la razón humana no es por sí regla de las cosas; pero los principios naturalmente inherentes a ella son reglas generales y medidas de todas las cosas que el hombre debe hacer, de las cuales cosas la razón natural es la regla y medida, aunque no sea medida de aquellas que provienen de la naturaleza.

A la 3^a, que la razón práctica versa acerca de las cosas operables, que son singulares y contingentes; mas no acerca de las necesarias, como la razón especulativa. Y por esto, las leyes humanas no pueden tener la misma infalibilidad que tienen las conclusiones demostrativas de las ciencias. Ni es menester que toda medida sea absolutamente infalible y cierta, sino en lo que es posible en su género.

Artículo IV: De si ha sido necesario que hubiese alguna ley divina

PARECERÍA que no hubiese sido necesario que hubiera alguna ley divina, porque:

1º Como se ha dicho (a. 3), la ley natural es cierta participación de la ley eterna en nosotros. Pero la ley eterna es ley divina, según se ha dicho (a. x). Luego, no es necesario que además de la ley natural y de las leyes humanas derivadas de ésta haya alguna otra ley divina.

2º Dícese (*Eccli. 15, 14*): *Dios dejó al hombre en la mano de su consejo*, y el consejo es acto de la razón, como se ha demostrado (C. 14, a. 1). Luego, el hombre ha sido entregado al gobierno de su razón. Pero el dictamen de la razón humana es ley humana, como se ha dicho. Luego, no es menester que el hombre sea gobernado por ley divina alguna.

3º La naturaleza humana es más suficiente que las creaturas irracionales. Pero éstas no tienen ninguna ley divina fuera de la inclinación natural en ellas infundida. Luego, mucho menos la creatura racional debe tener alguna ley divina además de la ley natural.

CONTRA ESTO, David pide al Señor que le dé una ley, diciendo (*Ps. 118, 33*): *ponme por ley, Señor, el camino de tus justificaciones*.

RESPONDO: Debe decirse que además de la ley natural y de la humana ha sido necesario para la dirección de la vida humana tener una ley divina. Y esto por cuatro razones: Primera, porque por la ley es dirigido el hombre a los actos propios en orden al último fin. Y si el hombre se ordenase solamente a un fin que no excediera la proporción de sus facultades naturales, no sería preciso que tuviera algo directivo por parte de su razón sobre la ley natural y la ley humana impuesta, que de ésta se deriva. Pero porque el hombre se ordena al fin de la bienaventuranza eterna, que excede la proporción de la humana facultad natural, como se ha demostrado (C. 5, a. 5), fue necesario que sobre la ley natural y la humana fuese también dirigido a su último fin por ley dada por Dios. Segunda, porque a causa de la incertidumbre del juicio humano, principalmente sobre las cosas contingentes y particulares, ocurre que acerca de los actos humanos sean diversos los juicios de diversas personas; de los cuales juicios diversos proceden también leyes diversas, y aun contrarias. Por lo tanto, para que el hombre pueda saber sin duda ninguna qué debe hacer y qué debe evitar, fue necesario que en sus actos propios fuese dirigido por la ley dada por Dios, de la cual hay seguridad que no puede errar. Tercera, porque el hombre puede establecer leyes sobre aquellas cosas de que puede juzgar. Mas el juicio del hombre no puede tener lugar acerca de los movimientos internos, que están ocultos, sino solamente acerca de los actos externos que aparecen. Y sin embargo para la perfección de la virtud se requiere que el hombre sea recto en unos y en otros. Y por eso la ley humana no pudo reprimir y ordenar suficientemente los actos interiores, sino que fue necesario que para esto sobreviniese ley divina. Cuarta, porque, como dice San Agustín (*De lib. arb. 1. 1, c. 5 y 6*), la ley humana no puede castigar o prohibir todo lo que se hace malamente; pues al intentar suprimir todo lo malo, seguiríase que se quitarían también muchas cosas buenas, y se impediría la utilidad del bien común, que es necesario para la conservación humana. Luego, para que ningún mal quede

sin prohibir e impune, fue necesario que sobreviniera la ley divina, por la cual se prohíben todos los pecados. Y estas cuatro causas se insinúan (*Ps*, 18, 8), donde se lee: *la ley del Señor es sin mancilla*, esto es, que no permite impureza alguna de pecado; *convierte a las almas*, porque dirige no sólo los actos exteriores, sino también los internos; *el testimonio fiel del Señor*, por la certeza de su verdad y rectitud; *que da sabiduría a los pequeños*, en cuanto ordena al hombre a su fin sobrenatural y divino.

A LA OBJECCIÓN 1ª diremos que por la ley natural el hombre participa de la ley eterna según la proporción de la capacidad de su humana naturaleza. Pero es preciso que el hombre sea dirigido a su último fin sobrenatural de un modo mucho más elevado. Y por esto ha sido sobreañadida la ley dada por Dios, por la cual participa de la ley eterna de un modo más eminente.

A la 2ª, que el consejo es cierta investigación, por lo cual es menester que proceda de algunos principios. Pero no basta que proceda de los principios naturalmente infundidos, como son los preceptos de la ley natural, por lo que antes se ha dicho; sino que es preciso que se sobreañadan ciertos otros principios, cuales son los preceptos de la ley divina.

A la 3ª, que las creaturas irracionales no se ordenan a un fin más elevado que el fin que es proporcionado a las fuerzas naturales de las mismas. Y por lo tanto, no existe razón de semejanza.

Cuestión 93: De la ley eterna

Artículo I: De si la ley eterna es la suma razón existente en Dios

PARECERÍA que la ley eterna no fuese la suma razón existente en Dios porque:

1º La ley eterna es una sola. Y las razones de las cosas en la mente divina son muchas; pues dice San Agustín (Q. 1. 83, q. 46) que *Dios hizo cada cosa según su propia razón*. Luego, la ley eterna no parece ser lo mismo que la razón existente en la mente divina.

2º Es esencial a la ley ser promulgada por la palabra, como arriba se ha dicho (C. 90, a. 4). Pero el *Verbo* en la divinidad se dice personalmente, como se ha dicho en la Primera Parte (C. 34, a. 1); mientras que la *razón* se dice esencialmente. Por lo tanto, no es lo mismo la ley eterna que la razón divina.

3º San Agustín dice (*De vera relig.* C. 30) que *es notorio que sobre nuestra mente hay una ley que se denomina la verdad*. Mas la ley existente

sobre nuestra mente es la ley eterna. Luego, la verdad es la ley eterna. Pero la verdad y la razón no son una misma cosa. Luego, la ley eterna no es lo mismo que la razón soberana.

CONTRA ESTO, dice San Agustín (*De lib. arb.* 1. 1, c. 6) que la *ley eterna es la suma razón, a la cual se debe siempre obedecer*.

RESPONDO: Debe decirse que, así como en todo artífice preexiste la razón de aquellas cosas que son ejecutadas por el arte, así también en todo gobernante preexiste la razón del orden de las cosas que han de ser hechas por los que están sometidos a su gobierno. Y así como la razón de las cosas que se han de hacer por el arte se llama arte o ejemplar de las cosas artificiales, del mismo modo también la razón del que gobierna los actos de los súbditos alcanza naturaleza de ley salvadas las demás circunstancias que arriba dijimos (C. 90) que son esenciales a la ley. Dios es por su sabiduría el autor de todas las cosas, a las cuales se le compara como el artífice a sus obras, como en la Primera Parte se ha expuesto (C. 14, a. 8). Es también el gobernador de todos los actos y movimientos que se observan en cada una de las criaturas, como allí mismo se ha manifestado (C. 103, a. 5). Por lo cual, como la razón de la divina sabiduría, en cuanto por ella han sido creadas todas las cosas, tiene el carácter de arte o ejemplar o idea, así también la razón de la divina sabiduría en cuanto que mueve todos los seres al debido fin tiene carácter de ley. Y según esto, la ley eterna no es otra cosa que la razón de la divina Sabiduría, en cuanto es directiva de todos los actos y mociones.

A LA OBJECCIÓN 1ª diremos que San Agustín habla allí de las razones ideales, que atañen a las naturalezas propias de las cosas singulares; y por lo tanto se encuentra en ellas cierta distinción y pluralidad, según sus diversas relaciones con las cosas, como queda expuesto en la Primera Parte (C- 15, a. 2 y 3). Pero la ley se dice directiva de los actos en orden al bien común, como arriba se ha dicho (C. 90, a. 2). Mas las cosas que son diversas en sí mismas se consideran como una sola en cuanto se ordenan a algo común. Y por esto la ley eterna, que es la razón de este orden, es única.

A la 2ª, que respecto de cualquier verbo pueden considerarse dos cosas, el mismo verbo y las cosas que por él se expresan. Porque el verbo vocal es algo salido de la boca del hombre, mas por este verbo se expresan aquellas cosas que se significan con palabras humanas. Y lo mismo debe entenderse respecto del verbo mental del hombre, que no es otra cosa que algo concebido en la mente, por lo cual el hombre expresa mentalmente lo que piensa. Así pues en la divinidad el mismo Verbo, que es la concepción del entendimiento del Padre, se dice personalmente; pero todo cuanto está en la ciencia del Padre, ya sea esencial, ya personal, o aun las obras de Dios,

se expresan por este Verbo, como lo evidencia San Agustín (*De Trin.* 1. 15, c. 14). Y entre las demás cosas que en este Verbo se expresan, también la misma ley eterna es expresada por el mismo Verbo. Mas no se sigue de esto que la ley eterna sea en la divinidad un nombre personal. Se apropia sin embargo al Hijo por la conveniencia que tiene la razón con el Verbo.

A la 3ª, que la razón del entendimiento divino se tiene respecto de las cosas de diversa manera que la razón del entendimiento humano. Porque el entendimiento humano es medido por las cosas, de tal suerte que el concepto del hombre no es verdadero por sí mismo, sino que se dice verdadero por su conformidad con las cosas; pues de que una cosa sea o no sea proviene que la opinión sea verdadera o sea falsa. Mas el entendimiento divino es la medida de las cosas; puesto que cada cosa en tanto tiene verdad, en cuanto imita al entendimiento divino, como se ha dicho en la Primera Parte (C. 16, a. i). Y así el entendimiento divino es verdadero en sí mismo. Por lo cual su razón es la verdad misma.

Cuestión 94: De la ley natural

Artículo I: De si la ley natural es hábito

PARECERÍA que la ley natural fuese un hábito, porque:

1º Como dice Aristóteles (*Ethic.* 1. 2, e. 5), *en el alma hay tres cosas: potencia, hábito y pasión.* Pero la ley natural no es ninguna de las potencias del alma ni ninguna de sus pasiones, como se ve enumerándolas una por una. Luego, la ley natural es hábito.

2º Dice San Basilio que *la conciencia o sindéresis es ley de nuestro entendimiento*, lo que no puede entenderse sino de la ley natural. Pero la sindéresis es cierto hábito, como se ha demostrado en la Primera Parte (C. 79, a. 1 y 2). Luego, la ley natural es hábito.

3º La ley natural permanece siempre en el hombre, como se verá (a. 5). Mas no siempre la razón del hombre, a la cual pertenece la ley, piensa en la ley natural. Luego, la ley natural no es acto, sino hábito.

CONTRA ESTO, dice San Agustín (*De bono conjug.* c. 21) que *el hábito es aquello por lo cual se obra, cuando es menester.* Pero la ley natural no es así, porque existe en los niños y en los condenados, que no pueden obrar por ella. Luego, la ley natural no es un hábito.

RESPONDO: Debe decirse que algo puede llamarse hábito de dos maneras: De una, propia y esencialmente. Y así la ley natural no es hábito.

Pues se ha dicho (C. 90, a. 1) que la ley natural es algo constituido por la razón, como también la proposición es cierta obra de la razón. Mas no es lo mismo lo que uno hace y aquello con que lo hace, porque alguno hace un buen discurso por el hábito de la gramática. Y, siendo el hábito aquello con que uno obra, no puede ser que alguna ley sea hábito propia y esencialmente. De otra manera, puede llamarse hábito lo que se tiene por el hábito, como se llama fe a lo que se tiene por la fe. Y de esta manera, como los preceptos de la ley natural son considerados algunas veces en acto por la razón y otras veces están, era ella sólo habitualmente; se puede decir en este concepto que la ley natural es un hábito. Como también en lo especulativo los principios indemostrables no son los mismos hábitos de los principios, sino que son los principios de los cuales hay hábito.

A LA OBJECCIÓN 1ª, diremos que Aristóteles pretende allí investigar el género de la virtud; y, como es evidente que la virtud es cierto principio de acción, no habla sino de las cosas que son los principios de los actos humanos, es decir, de las potencias, hábitos y pasiones. Pero además de estas tres hay algunas otras cosas en el alma, cuales son ciertos actos, como el querer está en el volente y también las cosas conocidas están en el cognoscente, y las propiedades naturales del alma están en ella, como la inmortalidad y otras análogas.

A la 2ª, que la sindéresis se dice ley de nuestro entendimiento, en cuanto es un hábito que contiene los preceptos de la ley natural, que son los primeros principios de los actos humanos.

A la 3ª, que aquel razonamiento prueba que la ley natural existe habitualmente (*en nosotros*). Lo cual concedemos.

En cuanto a lo que se objeta en contrario debe decirse que aquello que se tiene habitualmente, algunas veces no se puede usar a causa de algún impedimento: como el hombre no puede usar del hábito de la ciencia durante el sueño. E igualmente el niño no puede usar del hábito de la inteligencia de los principios, o también de la ley natural, que habitualmente está en él, por defecto de edad.

Artículo II: De si la ley natural contiene muchos preceptos o uno solamente

PARECERÍA que la ley natural no contuviese muchos preceptos, sino sólo uno, porque:

1º La ley se comprende en el género del precepto, como se ha consignado arriba (C. 92, a. 2). Luego, si hubiese muchos preceptos de la ley natural, seguiríase que también habría muchas leyes naturales.

2° La ley natural va adjunta a la naturaleza del hombre. Pero la naturaleza humana es una respecto al todo, aunque sea múltiple según las partes. Luego, no hay más que un solo precepto de la ley natural por razón de la unidad del todo, o hay muchos según la multitud de partes de la naturaleza humana. Y así será preciso que aun lo que es propio de la inclinación de lo concupiscible pertenezca también a la ley natural.

3° La ley es algo perteneciente a la razón, como arriba se ha dicho (C. 90, a. 1). Pero la razón en el hombre es una sola. Luego, no hay más que un solo precepto de la ley natural.

CONTRA ESTO: Los preceptos de la ley natural en el hombre son en cuanto a lo operable lo que los primeros principios en lo demostrativo. Pero los primeros principios indemostrables son muchos. Luego, también los preceptos de la ley natural son muchos.

RESPONDO: Debe decirse que, como arriba se ha dicho (C. 90, a. 1, a la 2ª, y C. 91, a. 3), los preceptos de la ley natural son a la razón práctica lo que los primeros principios de las demostraciones a la razón especulativa, pues unos y otros son ciertos principios conocidos por sí mismos. Y se dice que algo es conocido por sí mismo de dos maneras: de una, en sí mismo; de otra, en cuanto a nosotros. En sí misma se dice evidente de suyo toda proposición cuyo predicado es de la esencia del sujeto, mas sin embargo ocurre que para el que ignora la definición del sujeto, tal proposición no será de suyo evidente, como ésta: “el hombre es racional”, es manifiesta de suyo según su naturaleza, porque quien dice hombre dice racional; y no obstante al que ignore qué es el hombre esta proposición no le es evidente por sí misma. Y por eso es que, como dice Boccio (*De hebdom.*), hay ciertas dignidades y proposiciones de suyo evidentes comúnmente para todos; y así son aquellas cuyos términos son conocidos a todos, como *el todo es mayor que la parte, y cosas iguales a una misma son iguales entre sí*. Mas ciertas proposiciones son evidentes de suyo sólo para los sabios, que entienden lo que significan los términos de ellas; como al que entiende que el ángel no es cuerpo le es evidente de suyo que no está circunscrito a un lugar, lo cual no es evidente para los rudos que esto no alcanzan.

No obstante en las cosas que caen bajo la aprehensión de los hombres hállese cierto orden. Porque lo que primeramente cae bajo la aprehensión es el ente, cuya idea está incluida en todas las demás que cualquiera aprehende. Y por eso el primer principio indemostrable es que no se puede afirmar y negar a la vez, lo cual se funda en la noción de ser y no ser, y sobre este principio se fundan todos los demás, como se dice en *Met.* (l. 4, t. g). Y así como el ser es lo primero que se aprehende absolutamente, así el bien es lo primero que cae bajo la aprehensión de la razón práctica, que se

ordena a la operación; porque todo agente obra para un fin, que tiene razón de bien. Y por esto el primer principio en la razón práctica es el que se funda sobre la razón del bien, que es: *El bien es lo que todos apetecen*. Luego, éste es el primer precepto de la ley: que el bien debe hacerse y procurarse, y evitarse el mal. Y sobre éste se fundan todos los demás preceptos de la ley de la naturaleza; para que todas aquellas cosas a hacer o a evitar que la razón práctica naturalmente aprehende que son bienes humanos pertenezcan a los preceptos de la ley. Mas por cuanto el bien tiene razón de fin y el mal razón de contrario, síguese que todo aquello a que tiene el hombre inclinación natural, la razón naturalmente lo aprehende como bueno, y por consiguiente como que debe ejecutarlo, y lo contrario como malo y digno de evitarse. Así pues según el orden de las inclinaciones naturales el orden de los preceptos de la ley de la naturaleza. Primera, porque es innata en el hombre la inclinación al bien según la naturaleza, la cual le es común con todas las sustancias, en cuanto que toda sustancia desea la conservación de su ser según su naturaleza. Y según esta inclinación pertenecen a la ley natural aquellas cosas por las que se conserva la vida del hombre y se impide lo contrario. Segundo, hay en el hombre una inclinación a algunas cosas más especiales, según la naturaleza que le es común con los demás animales. Y conforme a esto se dicen ser de ley natural aquellas cosas *que la naturaleza enseñó a todos los animales*, como son la unión de ambos sexos, la educación de los hijos y semejantes. De un tercer modo, se halla en el hombre una inclinación al bien según la naturaleza de la razón, que le es propia; como tiene el hombre natural inclinación a conocer la verdad sobre Dios y a vivir en sociedad. Y según esto pertenecen a la ley natural las cosas que atañen a la tal inclinación, como son el que el hombre evite la ignorancia, el no dañar a los otros con quienes debe vivir y demás que se refieran a esto.

A LA OBJECCIÓN 1ª, diremos que todos esos preceptos de la ley de la naturaleza, en cuanto que se refieren a un solo primer precepto, tienen razón de una sola ley natural.

A la 2ª, que tales inclinaciones de las distintas partes de la naturaleza humana, como de la concupiscible e irascible, en cuanto son reguladas por la razón pertenecen a la ley natural y se reducen a un solo primer precepto, como se dijo. Y según esto hay muchos preceptos de la ley de la naturaleza (*considerados*) en sí mismos, pero procedentes todos de una sola raíz común.

A la 3ª, que aunque la razón sea en sí única, es sin embargo ordenativa de todo lo que concierne al hombre. Y según esto, bajo la ley de la razón se contienen todas aquellas cosas que pueden ser reguladas por la razón.

Artículo IV: De si la ley natural es una para todos

PARECERÍA que la ley natural no fuese una para todos, porque:

1° Se lee en los *Decretos* (*Dist. I, o praelud.*) que *el derecho natural es lo que se contiene en la Ley y en el Evangelio*. Pero esto no es común a todos, puesto que se dice (*Rom. 10, 16*): *no todos obedecen el Evangelio*. Luego, la ley natural no es una para todos.

2° *Las cosas que son según la ley se llaman justas* (*Ethic. 1. 5, c. 1 y 2*). Pero en el mismo libro (*c. 10*) se dice que nada *hay tan justo respecto de todos, que no se diversifique en algunos*. Luego, asimismo la ley natural no es una respecto de todos.

3° A la ley natural pertenece aquello a que se inclina el hombre según su naturaleza, como se ha dicho (*a. 2*). Pero los diversos hombres se inclinan naturalmente a cosas diversas, unos a placeres sensuales, algunos a los deseos de honores y otros a otras cosas. Luego, no hay una sola ley natural para todos.

CONTRA ESTO, dice San Isidoro (*Etym. 1. 5. c. 4*): *El derecho natural es común a toda nación*.

RESPONDO: Debe decirse que, como arriba se ha expuesto (*a. 2*), a la ley natural pertenece todo aquello a que el hombre naturalmente se inclina; y entre otras cosas es propio del hombre el inclinarse a obrar según la razón. Y a la razón pertenece proceder de lo común a lo propio, como se demuestra en la *Física* (*1. 1, t. 2, 3 y 4*). Acerca de esto, sin embargo, proceden diversamente la razón especulativa y la práctica, porque, como la razón especulativa trata principalmente de las cosas necesarias, que es imposible que sean de otra manera, la verdad se encuentra sin defecto alguno en sus conclusiones propias, así como en los principios comunes. Mientras que la razón práctica versa sobre las cosas contingentes, entre las cuales se cuentan las acciones humanas; y por eso, si en los principios comunes hay algo de necesidad, cuanto más se descende a cosas propias, tanto más se halla que falta esa necesidad. Así, pues, en lo especulativo la verdad es la misma respecto de todos, tanto en los principios como en las conclusiones, aunque la verdad no sea conocida por todos en las conclusiones, sino solamente en los principios, que se dicen *concepciones comunes*. Mas en lo operable la verdad o la rectitud práctica no es la misma para todos en cuanto a las cosas propias, sino sólo en cuanto a las comunes; y para aquellos para quienes es la misma en las cosas propias, no es manifiesta igualmente para todos.

Así, pues, es notorio que en cuanto a los principios comunes de la razón, ya sea especulativa, ya práctica, la verdad o rectitud es una misma para todos e igualmente conocida. Y en cuanto a las propias conclusiones de

la razón especulativa la verdad es la misma para todos, aunque no igualmente conocida de todos; porque es cierto para todos que el triángulo tiene tres ángulos, iguales a dos rectos, aunque esto no sea conocido de todos. Pero en cuanto a las conclusiones propias de la razón práctica ni la verdad o rectitud es la misma para todos, ni aun para todos aquellos para los cuales la misma es igualmente manifiesta. Porque para todos es recto y cierto que se debe obrar según la razón. Y de este principio se sigue como una conclusión propia que los depósitos deben ser devueltos. Y esto ciertamente es verdad en la mayoría de los casos; pero puede en algún caso suceder que sea dañoso y por lo tanto irracional el devolver el depósito, por ejemplo si alguno lo pide para combatir a su patria. Y esto se hace tanto más defectuoso, cuanto se desciende a (*aplicaciones*) particulares, como si se dice que los depósitos deben ser devueltos con tal garantía o de tal modo; puesto que, cuantas más condiciones particulares se fijen, de tantos más modos podrá dejar de haber rectitud devolviéndolo o no entregándolo.

Así, pues, debe decirse que la ley de la naturaleza en cuanto a los primeros principios comunes es la misma para todos en cuanto a su rectitud y en cuanto al conocimiento que de ella tienen. Mas en cuanto a ciertas (*aplicaciones*) particulares, que son como las conclusiones de los principios comunes, es la misma para todos también en el mayor número de casos, tanto en cuanto a la rectitud como al conocimiento; pero en los menos puede faltar, ya en cuanto a la rectitud por algunos impedimentos particulares (como también las naturalezas sujetas a generación y corrupción fallan algunas pocas veces a causa de algunos obstáculos), ya también en cuanto al conocimiento; y esto porque algunos tienen la razón depravada por la pasión o por la mala costumbre o por la mala predisposición de la naturaleza; como antiguamente entre los germanos no se reputaba inicuo el latrocinio, a pesar de ser expresamente contrario a la ley de la naturaleza, según refiere Julio César en *De bello gallico* (l. 6, cap. 23).

A LA OBJECCIÓN 1ª diremos que aquellas palabras no deben entenderse como que todas las cosas que están contenidas en la Ley y en el Evangelio son de ley de naturaleza, como que muchas cosas allí enseñadas están por encima de la naturaleza; sino que lo que es de la ley natural se encuentra allí plenamente expuesto. Por lo cual, como dijese Graciano, *el derecho natural es lo que se contiene en la Ley y en el Evangelio*, inmediatamente añadió ejemplificando: *por el cual a cada uno se manda hacer a otro lo que quiere que se haga a él*.

A la 2ª, que el dicho del Filósofo debe entenderse de aquellas cosas que son naturalmente justas no como principios comunes sino como ciertas conclusiones de ellos derivadas; las cuales en la mayor parte de los casos tienen rectitud y en algunos pocos fallan.

A la 3ª, que así como la razón en el hombre domina e impera a las demás potencias, así es necesario que todas las inclinaciones naturales pertenecientes a las otras potencias se ordenen según la razón. Por lo cual, para todos es comúnmente recto que las inclinaciones de todos los hombres sean dirigidas según la razón.

Artículo V: De si la ley natural puede mudarse

PARECERÍA que la ley natural pudiese mudarse, porque:

1º Sobre estas palabras (*Eccli. 17, 9*): *Añadióles la enseñanza y la ley de la vida*, dice la Glosa (ordin.): *ha querido que la ley fuese escrita para corregir la ley natural*. Pero lo que se corrige sufre mudanza. Luego, la ley natural puede mudarse.

2º Es contrario a la ley natural matar a un inocente, y también el adulterio y el hurto. Pero se encuentra haber sido mudadas por Dios estas cosas, por ejemplo cuando mandó a Abraham que sacrificase a su inocente hijo, como se ve (*Gen. 22, 2*); cuando ordenó a los judíos que se apropiasen los vasos que les habían prestado los egipcios, según consta (*Ex. 12, 35*), y cuando mandó a Oseas (*Os. 1, 2*) desposarse con una prostituta. Luego la ley natural puede mudarse.

3º San Isidro dice (*Etym. 1. 5, c. 4*) que *la posesión común de todas las cosas y una libertad son de derecho natural*; cosas que vemos han sido mudadas por las leyes humanas. Luego, la ley natural puede mudarse.

CONTRA ESTO, se dice (*Decret. Dist. 5, o Praeud. Dist. 5*) que *el derecho natural data del origen de la criatura racional. Y no se varía con el tiempo, sino que permanece inmutable*.

RESPONDO: Debe decirse que la ley natural puede entenderse que se muda de dos maneras: de una, porque se le añade algo. Y en este sentido nada impide que la ley natural se mude, pues muchas cosas útiles para la vida humana han sido añadidas a la ley natural tanto por la ley divina como también por las leyes humanas. De otra manera, puede entenderse la mudanza de la ley por modo de sustracción, a saber que deje de ser de ley natural algo que antes fue de ley natural. Y así en cuanto a los primeros principios de la ley natural, la ley natural es absolutamente inmutable. Y respecto de los segundos preceptos, que dijimos ser como ciertas propias conclusiones próximas a los primeros principios, así la ley natural no se inmuta porque en muchos casos no sea siempre justo lo que la ley natural contiene. Puede sin embargo mudarse en algún caso particular, y en muy pocos casos, por algunas causas especiales, que impidan la observancia de tales preceptos, según lo dicho (a. 4).

A LA OBJECCIÓN 1ª contestaremos que la ley escrita se dice haber sido dada para corrección de la ley natural, ya porque por la ley escrita se ha suplido lo que a la ley de naturaleza faltaba, ya porque la ley de la naturaleza respecto a algunas cosas se había corrompido en los corazones de algunos, hasta el punto de que juzgaban a ser bueno lo que naturalmente es malo; y tal corrupción necesitaba corrección.

A la 2ª, que comúnmente todos mueren de muerte natural, tanto los culpables como los inocentes. La cual muerte natural ha sido impuesta por el poder divino a causa del pecado original, según aquello (I Reg. 2, 6): *el Señor es el que quita y da la vida*. Y por lo tanto sin injusticia alguna, según el mandato de Dios, puede ser infligida la muerte a cualquier hombre, sea criminal o inocente. Asimismo es adulterio el acceso a la mujer de otro, a quien le ha sido deputada según la ley de Dios enseñada por Dios mismo. Por lo tanto, si alguno tiene acceso a cualquiera mujer por mandato divino, no comete adulterio ni fornicación. Y otro tanto debe decirse respecto del hurto, que consiste en tomar la cosa ajena. Pues el que toma algo por mandato de Dios, que es el dueño de todas las cosas, no lo toma sin la voluntad del dueño, lo cual constituye el robo. Y no solamente en las cosas humanas todo lo que Dios ordena es debido, sino que también en las cosas naturales todo lo que Dios hace es natural en cierto modo, como se ha dicho en la Primera Parte (C. 105, a. 6, a la 1ª).

A la 3ª, que se dice que algo es de derecho natural de dos modos: De un modo, porque a ello inclina la naturaleza, como que no se debe injuriar a otro. De otro modo, porque la naturaleza no inclina a lo contrario, como pudiéramos decir que es de derecho natural que el hombre esté desnudo, porque la naturaleza no le dio vestido, sino que el arte se lo proporcionó. Y de este modo *la posesión común de todas las cosas y la libertad de todos* se dice ser de derecho natural; puesto que la distinción de posesiones y la servidumbre no han sido impuestas por la naturaleza, sino por la razón de los hombres para utilidad de la vida humana. Y así también en esto la ley natural no ha sido mudada sino por adición.

Cuestión 95: De la ley humana

Artículo II: De si toda ley humana se deriva de la ley natural

PARECERÍA que no toda ley establecida humanamente se derivase de la ley natural, porque:

1° Dice Aristóteles (*Ethic.* 1. 5) que *lo justo legal es lo indiferente en principio respecto al modo de hacerse*. Pero en las cosas que derivan de la ley natural hay diferencia según que se hagan de una u otra manera. Luego, no todas aquellas cosas que son estatuidas por leyes humanas se derivan de la ley natural.

2° El derecho positivo se distingue por oposición al derecho natural, como se ve por San Isidoro (*Etym.* 1. 5, c. 4) y por Aristóteles (*Ethic.* 1. 5, c. 4). Pero lo que se deriva de los principios comunes de la ley natural como conclusiones suyas, pertenece a esta ley, como arriba se ha dicho (C. 94, a. 3 y 4). Luego, aquellas cosas que son de ley humana no se derivan de la ley natural.

3° La ley natural es la misma respecto de todos; porque dice Aristóteles (*Ethic.* 1. 5, c. 7) que *el derecho natural es el que en todas partes tiene la misma fuerza*. Si pues las leyes humanas se derivasen de la ley natural, se seguiría que también serían las mismas para todos. Lo cual evidentemente es falso.

4° Puede asignarse alguna razón acerca de lo que proviene de la ley natural. Pero no *de todas las cosas que han sido establecidas en la ley por los antepasados puede darse razón*, como dice el Legisconsulto (Lib. 1, tít. 3, *De leg. et Senatus consulto*). Luego, no todas las leyes humanas se derivan de la ley natural.

CONTRA ESTO, Cicerón dice en su *Retórica* (*De invent.* 1. 2): *El temor de las leyes y la religión han sancionado las cosas originadas de la naturaleza y aprobadas por la costumbre*.

RESPONDO: Debe decirse que, como anota San Agustín (*De lib. arb.* 1. 1, c. 5), *no parece ser ley la que no fuere justa*. Por lo cual en cuanto tiene de justicia en tanto tiene fuerza de ley. Mas en las cosas humanas dícese algo justo, por cuanto es recto según la regla de la razón. Y la primera regla de la razón es la ley de la naturaleza, como resulta de lo ya dicho (C. 94, a. 2). Por lo cual, toda ley instituida por hombres en tanto tiene de verdadera ley, en cuanto se deriva de la ley natural. Pero si en algo está en desacuerdo con la ley natural, ya no será ley, sino corrupción de la ley. Debe empero saberse que algo puede derivarse de la ley natural, de dos maneras: de una, como las conclusiones de los principios; de otra, como ciertas determinaciones de algunas generales. La primera manera es semejante a la que se emplea en las ciencias, para sacar de los principios las conclusiones demostrativas. La segunda manera es semejante a aquella por la que en las artes se determinan las formas comunes a algo especial, como es necesario que el arquitecto determine la forma general de casa a la figura de tal o cual casa. Derívanse pues ciertas cosas de los principios

comunes de la ley natural por modo de conclusiones; como el no matar puede derivar a modo de consecuencia de que a nadie debe hacerse mal. Y otras por modo de determinación, como la ley natural dispone que el que peca sea castigado, pero el que lo sea con tal o cual pena es cierta determinación de la ley natural. Unas y otras, pues, se hallan en la ley humana. Pero las de la primera clase contiéndense en la ley humana, no como solamente establecidas por ella, sino tomando además algo del vigor de la ley natural. En tanto que las pertenecientes a la segunda manera tienen su fuerza únicamente de sola la ley humana.

A LA OBJECCIÓN 1ª diremos que Aristóteles habla de las cosas que son establecidas en la ley por cierta determinación o especificación de los preceptos de la ley natural.

A la 2ª, que aquella razón procede respecto de aquellas cosas que se derivan de la ley natural como conclusiones.

A la 3ª, que los principios comunes de la ley de naturaleza no pueden aplicarse a todos del mismo modo, por causa de la incalculable variedad de las cosas humanas. Y de esto proviene, la diversidad de la ley positiva entre las diferentes (*naciones*).

A la 4ª, que el dicho del Legisconsulto debe entenderse de aquellas cosas que fueron introducidas por los antiguos acerca de particulares determinaciones de la ley natural, a las cuales determinaciones se refiere el juicio de los experimentados y prudentes como a ciertos principios, a saber, en cuanto que ven inmediatamente lo que más congruentemente debe determinarse en particular. Por lo cual dice Aristóteles (*Ethic.* l. 6, c. 12) que en tales (*casos*) es conveniente acatar el dictamen de los expertos y ancianos o prudentes, en los enunciados indemostrables y en las opiniones no menos que en las demostraciones.

“LA JUSTICIA DEL DERECHO”, TOMO XI

Cuestión 57: Del Derecho

Artículo I: Si el derecho es objeto de la justicia

PARECERÍA que el derecho no es objeto de la justicia, porque:

1º Dice el Jurisconsulto Celso en su obra *De la Justicia y el Derecho*, libro 1, que “derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo”. Pero el arte no es objeto de la justicia, que de suyo es una virtud intelectual. Luego el derecho no es objeto de la justicia.

2º Además, “la ley”, como dice Isidoro en las *Etimologías*, libro 5, cap. 3, “es una especie del derecho”. Pero la ley no es un objeto de la justicia, sino más bien de la prudencia. Por eso el Filósofo en su *Ética*, libro 6, cap. 8, pone la ley positiva como parte de la prudencia. Luego el derecho no es objeto de la justicia.

3º Finalmente, la justicia es aquello por lo que principalmente el hombre está sujeto a Dios; pues dice San Agustín en su libro *De las Costumbres de la Iglesia*, cap. 15, que “la justicia es el amor que sólo sirve a Dios, que por lo mismo tiene bajo su dominio todas las demás cosas sujetas al hombre”. Pero el derecho no se refiere a lo divino, sino solamente a lo humano, como dice Isidoro en las *Etimologías*, libro 5, capítulo 2: “Lo sagrado es ley divina; el derecho es ley humana”. Luego el derecho no es objeto de la justicia.

CONTRA ESTO dice Isidoro en el mismo libro, cap. 3: “El derecho se llama así (*jus*), porque es justo”. Pero lo justo es objeto de la justicia; pues dice el Filósofo en la *Ética*, libro 5, cap. 1, que “suele llamarse justo aquel hábito por el cual los Justos obran la justicia”. Luego el derecho es objeto de la justicia.

RESPONDO: La justicia tiene como característica, entre las otras virtudes, el ordenar al hombre en todo aquello que se refiere a los demás. Lo cual supone una cierta igualdad, como el mismo nombre lo demuestra. Pues suele decirse “ajustar” al adecuar dos cosas; y es que la igualdad siempre se refiere a los demás. Todas las demás virtudes perfeccionan al hombre en aquello que le corresponde en sí mismo. Por ello juzgamos de lo que es recto en las otras virtudes según aquello a lo que dichas virtudes tienden como propio objeto, y siempre encontramos dicho objeto en lo que conviene al propio agente. En cambio al hablar de las obras de la justicia, además de fijarnos en si es conveniente al sujeto, atendemos también a que lo sea lo demás. Pues solemos llamar obra justa aquella que responde a demandas del otro; por ejemplo, el dar un salario justo por un servicio prestado. Por ello llamamos justo aquello que muestra la rectitud de la justicia, y hacia lo cual tiende la acción justa; y ello aun cuando no atendamos al modo como lo haga el sujeto. En cambio en las demás virtudes sólo consideramos recto aquello que el sujeto obra de determinada manera. Por ello el objeto de la justicia queda determinado por lo que en sí es justo, o sea por el derecho, a diferencia de las otras virtudes. Por tanto es claro que el derecho es el objeto de la justicia.

A LA OBJECCIÓN 1ª que algunas veces sucede que la costumbre vaya distorsionando el sentido original de las palabras, para significar otras cosas; así por ejemplo, originalmente medicina significa el remedio que se da a un enfermo para sanarlo, pero después se ha usado para indicar el arte de

la curación. Igualmente la palabra derecho (*jus*), primeramente significaba lo justo; mas después se torció su significado para indicar el arte por el cual sabemos lo que es justo; así suele decirse, por ejemplo, que un hombre “comparece ante el derecho” (o bien ante la justicia); y también se dice que “ejercita el derecho” aquél a quien toca por oficio el ejercitar la justicia, aun cuando sea injusto lo que determine.

A la 2ª, que cuando se ejecuta una obra artística, se sigue un cierto modelo preexistente en la mente del artista, que le sirve como norma o guía del arte; igualmente cuando se ejercita la justicia, ésta sigue un modelo preexistente en la mente, que es una cierta norma de prudencia. Y cuando tal modelo está escrito, se llama *ley*; pues como dice Isidoro, la ley no es otra cosa que “una constitución escrita” (*Etimologías*, libro 5, cap. 3). Por tanto la ley no es el derecho mismo si hemos de hablar con precisión, sino sólo cierta norma de derecho.

A la 3ª, que, puesto que la justicia supone la igualdad, no podemos propiamente referirla a Dios, a quien no podemos retribuir adecuadamente. Por tanto hablando propiamente no podemos aplicar a Dios la justicia. Por ello la ley divina no se suele llamar “derecho”, sino “ley sagrada”, porque a Dios le basta que le correspondamos en cuanto podemos. Mas la justicia inclina al hombre a dar a Dios cuanto puede, sometiéndole su vida completamente.

Artículo II: Si es correcta la división del derecho en natural y positivo

PARECERÍA que no es correcta la división del derecho en natural y positivo, porque:

1º Lo natural es universal e inmutable. Pero nada hay con características entre las cosas humanas, porque todos fallan en algunos casos en las normas del derecho humano, y nadie puede observar todas las normas de virtud en todas partes. Por tanto no hay un derecho natural.

2º Además, se llama “positivo” lo que procede de la voluntad humana. Pero nada es justo por proceder de la voluntad humana; pues de otra manera la voluntad humana nunca sería injusta. Luego, ya que no es lo mismo *derecho y justicia*, parece que no hay un derecho positivo.

3º Finalmente, el derecho divino no es natural, puesto que excede la naturaleza humana; igualmente no es derecho positivo, porque no se funda en la autoridad humana. Luego no es correcta la división del derecho en natural y positivo.

CONTRA ESTO dice el Filósofo en la *Ética*, libro 5, cap. 7: “El derecho político es en parte natural, en parte legal”, o sea puesto por la ley, o positivo.

RESPONDO: Como hemos dicho, el *derecho o lo justo* es aquello que se ejecuta por otro según una cierta norma de equidad. Y algo puede ser adecuado al hombre de dos maneras: primera, por la naturaleza misma de la cosa; por ejemplo, cuando alguien entrega algo con el fin de obtener otra cosa equivalente, y entonces se llama “derecho natural”. Segunda, cuando una cosa es adecuada o equivalente a otra por un mutuo acuerdo o por contrato, como cuando alguien manifiesta que estaría contento con recibir tanto más cuanto. Y esto puede hacerse de dos modos: primero, cuando se hace por acuerdo privado, como cuando se firma un contrato entre dos personas en privado; y segundo, por ley pública, como cuando todo el pueblo está de acuerdo en que tal cosa sea equivalente a otra; o bien cuando lo ordena el gobernante que dirige los destinos del pueblo y lo representa. Y en este último caso se llama “derecho positivo”.

A LA OBJECCIÓN 1ª diremos que lo natural tiene una naturaleza inmutable, y por tanto es igual siempre y en todas partes. Pero la naturaleza del hombre es mutable, y así puede fallar en algunas ocasiones. Por ejemplo, es de equidad natural el que se devuelva siempre a otro lo que ha prestado; y esto sería siempre obligatorio si la naturaleza humana fuese siempre recta. Sin embargo algunas veces dicha naturaleza se deprava, y así habrá, ocasiones en que no se deba devolver lo prestado, cuando un hombre perverso quiere usarlo mal; por ejemplo, no habría que entregar su arma a un loco o a un enemigo de la república, aunque la pida.

A la 2ª, que la voluntad humana puede, por común consentimiento, hacer que sea justo aquello que de por sí no repugna a la justicia natural; y en esto tiene lugar el derecho positivo. Por eso dice el Filósofo en la *Ética*, libro 5, cap. 7: “Legal es lo justo que por principio es indiferente para ser de un modo o de otro; pero que lo es una vez establecido”. Pero si algo repugna de por sí a la ley natural, no puede tornarse justo por decisión humana; por ejemplo si se estableciese como justo el robar o el adulterar. Por eso dice Isaías: “¡Ay de aquellos que establecen leyes injustas!”

A la 3ª, que el derecho divino se llama así por su promulgación; y abarca en parte aquellas cosas que son justas por naturaleza, pero cuya justicia está oculta a los hombres; y parte también aquellas cosas que lo son por institución divina. Por tanto el derecho divino también puede dividirse, de acuerdo con esto, en dos tipos, lo mismo que el derecho humano. Así se encuentran en la ley divina algunas cosas mandadas porque son de suyo buenas, y otras prohibidas porque son de suyo malas; y también hay otras que son buenas porque están mandadas, y otras que son malas porque están prohibidas.

THOMAS HOBBS:

Leviatán *CAPÍTULO XIV: DE LA PRIMERA Y DE LA SEGUNDA
LEYES NATURALES, Y DE LOS CONTRATOS

EL DERECHO DE NATURALEZA, lo que los escritores llaman comúnmente *jus naturale*, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin.

Por LIBERTAD se entiende, de acuerdo con el significado propio de la palabra, la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que con frecuencia reducen parte del poder que un hombre tiene de hacer lo que quiere; pero no pueden impedirle que use el poder que le resta, de acuerdo con lo que su juicio y razón le dicten.

Ley de naturaleza (*lex naturalis*) es un precepto o norma general, establecida por la razón, en virtud de la cual se prohíbe a un hombre hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los medios de conservarla; o bien, omitir aquello mediante lo cual piensa que pueda quedar su vida mejor preservada. Aunque quienes se ocupan de estas cuestiones acostumbran confundir *jus* y *lex*, *derecho* y *ley*, precisa distinguir esos términos, porque el DERECHO consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras que la LEY determina y obliga a una de esas dos cosas. Así, la ley y el derecho difieren tanto como la obligación y la libertad, que son incompatibles cuando se refieren a una misma materia.

La condición del hombre (tal como se ha manifestado en el capítulo precedente) es una condición de guerra de todos contra todos, en la cual cada uno está gobernado por su propia razón, no existiendo nada, de lo que pueda hacer uso, que no le sirva de instrumento para proteger su vida contra sus enemigos. De aquí se sigue que, en semejante condición, cada hombre tiene derecho a hacer cualquiera cosa, incluso en el cuerpo de los demás. Y, por consiguiente, mientras persiste ese derecho natural de cada uno con respecto a todas las cosas, no puede haber seguridad para nadie (por fuerte o sabio que sea) de existir durante todo el tiempo que ordinariamente la

* Texto extraído de Thomas Hobbes, *Leviatán*, volumen I (México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1983). Traducción de M. Sánchez Sarto.

Naturaleza permite vivir a los hombres. De aquí resulta un precepto o regla general de la razón, en virtud de la cual, *cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tiene la esperanza de lograrla; y cuando no puede obtenerla, debe buscar y utilizar todas las ayudas y ventajas de la guerra*. La primera fase de esta regla contiene la ley primera y fundamental de naturaleza, a saber: *buscar la paz y seguirla*. La segunda, la suma del derecho de naturaleza, es decir: *defendernos a nosotros mismos, por todos los medios posibles*.

De esta ley fundamental de naturaleza, mediante la cual se ordena a los hombres que tiendan hacia la paz, se deriva esta segunda ley: *que uno acceda, si los demás consienten también, y mientras se considere necesario para la paz y defensa de sí mismo, a renunciar este derecho a todas las cosas y a satisfacerse con la misma libertad, frente a los demás hombres, que les sea concedida a los demás con respecto a él mismo*. En efecto, mientras uno mantenga su derecho de hacer cuanto le agrade, los hombres se encuentran en situación de guerra. Y si los demás no quieren renunciar a ese derecho como él, no existe razón para que nadie se despoje de dicha atribución, porque ello más bien que disponerse a la paz significaría ofrecerse a sí mismo como presa (a lo que no está obligado ningún hombre). Tal es la ley del Evangelio: *Lo que pretendáis que los demás os hagan a vosotros, hacedlo vosotros a ellos*. Y esta otra ley de la humanidad entera: *Quod tibi fieri non vis, altei ne feceris*.

Renunciar un derecho a cierta cosa es *despojarse* a sí mismo de la *libertad* de impedir a otro el beneficio del propio derecho a la cosa en cuestión. En efecto, quien renuncia o abandona su derecho no da a otro hombre un derecho que este último hombre no tuviera antes. No hay nada a que un hombre no tenga derecho por naturaleza: solamente se aparta del camino de otro para que éste pueda gozar de su propio derecho original sin obstáculo suyo, y sin impedimento ajeno. Así que el efecto causado a otro hombre por la renuncia al derecho de alguien, es, en cierto modo, disminución de los impedimentos para el uso de su propio derecho originario.

Se abandona un derecho bien sea por simple renunciación o por transferencia a otra persona. Por *simple* renunciación cuando el cedente no se preocupa de la persona beneficiada por su renuncia. Por *TRANSFERENCIA* cuando desea que el beneficio recaiga en una o varias personas determinadas. Cuando una persona ha abandonado o transferido su derecho por cualquiera de estos dos modos, dicese que está obligado o ligado a no impedir el beneficio resultante a aquel a quien se concede o abandona el derecho. *Debe* aquél, y es su deber, no hacer nulo por su voluntad este acto. Si el impedimento sobreviene, prodúcese *INJUSTICIA* O *INJURIA*, puesto que

es *sine jure*, ya que el derecho se renunció o transfirió anteriormente. Así que la injuria o injusticia, en las controversias terrenales, es algo semejante a lo que en las disputas de los escolásticos se llamaba *absurdo*. Considérase, en efecto, absurdo al hecho de contradecir lo que uno mantenía inicialmente: así, también, en el mundo se denomina injusticia e injuria al hecho de omitir voluntariamente aquello que en un principio voluntariamente se hubiera hecho. El procedimiento mediante el cual alguien renuncia o transfiere simplemente su derecho es una declaración o expresión, mediante signo voluntario y suficiente, de que hace esa renuncia o transferencia, o de que ha renunciado o transferido la cosa a quien la acepta. Estos signos son o bien meras palabras o simples acciones; o (como a menudo ocurre) las dos cosas, acciones y palabras. Unas y otras cosas son los lazos por medio de los cuales los hombres se sujetan y obligan: lazos cuya fuerza no estriba en su propia naturaleza (porque nada se rompe tan fácilmente como la palabra de un ser humano), sino en el temor de alguna mala consecuencia resultante de la ruptura.

Cuando alguien transfiere su derecho, o renuncia a él, lo hace en consideración a cierto derecho que recíprocamente le ha sido transferido, o por algún otro bien que de ello espera. Trátase, en efecto, de un acto voluntario, y el objeto de los actos voluntarios de cualquier hombre es *algún bien para sí mismo*. Existen, así, ciertos derechos, que a nadie puede atribuirse haberlos abandonado o transferido por medio de palabras u otros signos. En primer término, por ejemplo, un hombre no puede renunciar al derecho de resistir a quien lo asalta por la fuerza para arrancarle la vida, ya que es incomprendible que de ello pueda derivarse *bien alguno para el interesado*. Lo mismo puede decirse de las lesiones, la esclavitud y el encarcelamiento, pues no hay beneficio subsiguiente a esa tolerancia, ya que nadie sufrirá con paciencia ser herido o aprisionado por otro, aun sin contar con que nadie puede decir, cuando ve que otros proceden contra él por medios violentos, si se proponen o no darle muerte. En definitiva, el motivo y fin por el cual se establece esta renuncia y transferencia de derecho no es otro sino la seguridad de una persona humana, en su vida, y en los modos de conservar ésta en forma que no sea gravosa. Por consiguiente, si un hombre, mediante palabras u otros signos, parece oponerse al fin que dichos signos manifiestan, no debe suponerse que así se lo proponía o que tal era su voluntad, sino que ignoraba cómo debían interpretarse tales palabras y acciones.

La mutua transferencia de derechos es lo que los hombres llaman CONTRATO.

Existe una diferencia entre transferencia de derecho a la cosa, y transferencia o tradición, es decir, entrega de la cosa misma. En efecto, la

cosa puede ser entregada a la vez que se transfiera el derecho, como cuando se compra y vende con dinero contante y sonante, o se cambian bienes o tierras. También puede ser entregada la cosa algún tiempo después.

Por otro lado, uno de los contratantes, a su vez, puede entregar la cosa convenida y dejar que el otro realice su prestación después de transcurrido un tiempo determinado, durante el cual confía en él. Entonces, respecto del primero, el contrato se llama PACTO O CONVENIO. O bien ambas partes pueden contratar ahora para cumplir después: en tales casos —como a quien ha de cumplir una obligación en tiempo venidero se le otorga un crédito—, su cumplimiento se llama *observancia de promesa*, o fe; y la falta de cumplimiento, cuando es voluntaria, *violación de fe*. [...]

CAPÍTULO XV: DE OTRAS LEYES DE NATURALEZA

De esta ley de Naturaleza, según la cual estamos obligados a transferir a otros aquellos derechos que, retenidos, perturban la paz de la humanidad, se deduce una tercera ley, a saber: *Que los hombres cumplan los pactos que han celebrado*. Sin ello, los pactos son vanos, y no contienen sino palabras vacías, y subsistiendo el derecho de todos los hombres a todas las cosas, seguimos hallándonos en situación de guerra.

En esta ley de naturaleza consiste la fuente y origen de la JUSTICIA. En efecto, donde no ha existido un pacto, no se ha transferido ningún derecho, y todos los hombres tienen derecho a todas las cosas: por tanto, ninguna acción puede ser injusta. Pero cuando se ha hecho un pacto, romperlo es *injusto*. La definición de INJUSTICIA no es otra sino ésta: *el incumplimiento de un pacto*. En consecuencia, lo que no es injusto es justo.

Ahora bien, como los pactos de mutua confianza, cuando existe el temor de un incumplimiento por una cualquiera de las partes (como hemos dicho en el capítulo anterior), son nulos, aunque el origen de la justicia sea la estipulación de pactos, no puede haber actualmente injusticia hasta que se elimine la causa de tal temor, cosa que no puede hacerse mientras los hombres se encuentran en condición natural de guerra. Por tanto, antes de que puedan tener un adecuado lugar las denominaciones de justo e injusto, debe existir un poder coercitivo que compela a los hombres, igualmente, al cumplimiento de sus pactos, por el temor de algún castigo más grande que el beneficio y que esperan del quebrantamiento de su compromiso, y de otra parte para robustecer esa propiedad que adquieren los hombres por mutuo contrato, en recompensa del derecho universal que abandonan: tal poder no existe antes de erigirse el Estado. Eso mismo puede deducirse,

también, de la definición que de la justicia hacen los escolásticos cuando dicen que la *justicia es la voluntad constante de dar a cada uno lo suyo*. Por tanto, donde no hay *suyo*, es decir, donde no hay propiedad, no hay injusticia; y donde no se ha erigido un poder coercitivo, es decir, donde no existe un Estado, no hay propiedad. Todos los hombres tienen derecho a todas las cosas, y, por tanto, donde no hay Estado, nada es injusto. Así que la naturaleza de la justicia consiste en la observancia de pactos válidos: ahora bien, la validez de los pactos no comienza sino con la constitución de un poder civil suficiente para compeler a los hombres a observarlos. Es entonces, también, cuando comienza la propiedad.

Los necios tienen la convicción íntima de que no existe esa cosa que se llama justicia, y, a veces, lo expresan paladinamente, alegando con toda seriedad que estando encomendada la conservación y el bienestar de todos los hombres a su propio cuidado, no puede existir razón alguna en virtud de la cual un hombre cualquiera deje de hacer aquello que él imagina conducente a tal fin. En consecuencia, hacer o no hacer, observar o no observar los pactos, no implica proceder contra la razón, cuando conduce al beneficio propio. No se niega con ello que existan pactos, que a veces se quebranten y a veces se observen; y que tal quebranto de los mismos se denomine injusticia, y justicia a la observancia de ellos. Solamente se discute si la injusticia, dejando aparte el temor de Dios (ya que los necios íntimamente creen que Dios no existe) no puede cohonestarse, a veces, con la razón que dicta a cada uno su propio bien, y particularmente cuando conduce a un beneficio tal, que sitúe al hombre en condición de despreciar no solamente el ultraje y los reproches, sino también el poder de otros hombres. El reino de Dios puede ganarse por la violencia: pero ¿qué ocurriría si se pudiera lograr por la violencia injusta? ¿Iría contra la razón obtenerlo así, cuando es imposible que de ello resulte algún daño para sí propio? Y si no va contra la razón, no va contra la justicia: de otro modo la justicia no puede ser aprobada como cosa buena. A base de razonamientos como éstos, la perversidad triunfante ha logrado el nombre de virtud, y algunos que en todas las demás cosas desaprobaron la violación de la fe, la han considerado tolerable cuando se trata de ganar un reino. Los paganos creían que *Saturno* había sido depuesto por su hijo *Júpiter*; pero creían, también, que el mismo *Júpiter* era el vengador de la injusticia. Algo análogo se encuentra en un escrito jurídico, en los comentarios de Coke, sobre *Littleton*, cuando afirma lo siguiente: Aunque el legítimo heredero de la corona esté convicto de traición, la corona debe corresponderle, sin embargo; pero *eo instante* la deposición tiene que ser formulada. De estos ejemplos, cualquiera podría inferir con razón que si el heredero aparente de un reino da muerte al rey actual,

aunque sea su padre, podrá denominarse a este acto injusticia, o dársele cualquier otro nombre, pero nunca podrá decirse que va contra la razón, si se advierte que todas las acciones voluntarias del hombre tienden al beneficio del mismo, y que se consideran como más razonables aquellas acciones que más fácilmente conducen a sus fines. No obstante, bien clara es la falsedad de este especioso razonamiento.

No podrían existir, pues, promesas mutuas, cuando no existe seguridad de cumplimiento por ninguna de las dos partes, como ocurre en el caso de que no exista un poder civil erigido sobre quienes prometen; semejantes promesas no pueden considerarse como pactos. Ahora bien, cuando una de las partes ha cumplido ya su promesa, o cuando existe un poder que le obligue al cumplimiento, la cuestión se reduce, entonces, a determinar si es o no contra la razón; es decir, contra el beneficio que la otra parte obtiene de cumplir y dejar de cumplir. Y yo digo que no es contra razón. Para probar este aserto, tenemos que considerar: Primero, que si un hombre hace una cosa que, en cuanto puede preverse o calcularse, tiende a su propia destrucción, aunque un accidente cualquiera, inesperado para él, pueda cambiarlo, al acaecer, en un acto para él beneficioso, tales acontecimientos no hacen razonable o juicioso su acto. En segundo lugar, que en situación de guerra, cuando cada hombre es un enemigo para los demás, por la falta de un poder común que los mantenga a todos a raya, nadie puede contar con que su propia fuerza o destreza le proteja suficientemente contra la destrucción, sin recurrir a alianzas, de las cuales cada uno espera la misma defensa que los demás. Por consiguiente, quien considere razonable engañar a los que le ayudan, no puede razonablemente esperar otros medios de salvación que los que pueda lograr con su propia fuerza. En consecuencia, quien quebranta su pacto y declara, a la vez, que puede hacer tal cosa con razón, no puede ser tolerado en ninguna sociedad que una a los hombres para la paz y la defensa, a no ser por el error de quienes lo admiten; ni, habiendo sido admitido, puede continuarse admitiéndole, cuando se advierte el peligro del error. Estos errores no pueden ser computados razonablemente entre los medios de seguridad: el resultado es que, si se deja fuera o es expulsado de la sociedad, el hombre perece, y si vive en sociedad es por el error de los demás hombres, error que él no puede prever, ni hacer cálculos a base del mismo. Van, en consecuencia, esos errores contra la razón de su conservación, y así, todas aquellas personas que no contribuyen a su destrucción, sólo perdonan por ignorancia de lo que a ellos mismos les conviene.

Por lo que respecta a ganar, por cualquier medio, la segura y perpetua felicidad del cielo, dicha pretensión es frívola: no hay sino un camino imaginable para ello, y éste no consiste en quebrantar, sino en cumplir lo pactado.

Es contrario a la razón alcanzar la soberanía por la rebelión: porque a pesar de que se alcanzara, es manifiesto que, conforme a la razón, no puede esperarse que sea así, sino antes al contrario; y porque al ganarla en esa forma, se enseña a otros a hacer lo propio. Por consiguiente, la justicia, es decir, la observancia del pacto, es una regla de razón en virtud de la cual se nos prohíbe hacer cualquier cosa susceptible de destruir nuestra vida: es, por lo tanto, una ley de naturaleza.

Algunos van más lejos todavía, y no quieren que la ley de naturaleza implique aquellas reglas que conducen a la conservación de la vida humana sobre la tierra, sino para alcanzar una felicidad eterna después de la muerte. Piensan que el quebrantamiento del pacto puede conducir a ello, y en consecuencia son justos y razonables (son así quienes piensan que es un acto meritorio matar o deponer, o rebelarse contra el poder soberano constituido sobre ellos, por su propio consentimiento). Ahora bien, como no existe conocimiento natural del estado del hombre después de la muerte, y mucho menos de la recompensa que entonces se dará a quienes quebranten la fe, sino solamente una creencia fundada en lo que dicen otros hombres que están en posesión de conocimientos sobrenaturales por medio directo o indirecto, quebrantar la fe no puede denominarse un precepto de la razón o de la Naturaleza.

Otros, estando de acuerdo en que es una ley de naturaleza la observancia de la fe, hacen, sin embargo, excepción de ciertas personas, por ejemplo, de los herejes y otros que no acostumbran a cumplir sus pactos. También esto va contra la razón, porque si cualquiera falta de un hombre fuera suficiente para liberarle del pacto que con él hemos hecho, la misma causa debería, razonablemente, haberle impedido hacerlo.

Los nombres de justo e injusto, cuando se atribuyen a los hombres, significan una cosa, y otra distinta cuando se atribuyen a las acciones. Cuando se atribuyen a los hombres implican conformidad o disconformidad de conducta, con respecto a la razón. En cambio, cuando se atribuyen a las acciones, significan la conformidad o disconformidad con respecto a la razón, no ya de la conducta o género de vida, sino de los actos particulares. En consecuencia, un hombre justo es aquel que se preocupa cuanto puede de que todas sus acciones sean justas; un hombre injusto es el que no pone ese cuidado. Semejantes hombres suelen designarse en nuestro lenguaje como hombres rectos y hombres que no lo son, si bien ello significa la misma cosa que justo e injusto. Un hombre justo no perderá este título porque realice una o unas pocas acciones injustas que procedan de pasiones repentinas, o de errores respecto a las cosas y las personas; tampoco un hombre injusto perderá su condición de tal por las acciones que haga y

omita por temor, ya que su voluntad no se sustenta en la justicia, sino en el beneficio aparente de lo que hace. Lo que presta a las acciones humanas el sabor de la justicia es una cierta nobleza o galanura (raras veces hallada) en virtud de la cual resulta despreciable atribuir el bienestar de la vida al fraude o al quebrantamiento de una promesa. Esta justicia de la conducta es lo que se significa cuando la justicia se llama virtud, y la injusticia vicio.

Ahora bien, la justicia de las acciones hace que a los hombres no se les denomine justos, sino *inocentes*; y la injusticia de las mismas (lo que se llama injuria) hace que les sea asignada la calificación de *culpables*.

A su vez, la injusticia de la conducta es la disposición o aptitud para hacer injurias, es injusticia antes de que se proceda a la acción, y sin esperar a que un individuo cualquiera sea injuriado. Ahora bien, la injusticia de una acción (es decir, la injuria) supone una persona individual injuriada; en concreto, aquella con la cual se hizo el pacto. Por tanto, en muchos casos, la injuria es recibida por un hombre y el daño da de rechazo sobre otro. Tal es el caso que ocurre cuando el dueño ordena a su criado que entregue dinero a un extraño. Si esta orden no se realiza, la injuria se hace al dueño a quien se había obligado a obedecer, pero el daño redundará en perjuicio del extraño, respecto al cual el criado no tenía obligación, y a quien, por consiguiente, no podía injuriar. Así en los Estados los particulares pueden perdonarse unos a otros sus deudas, pero no los robos u otras violencias que les perjudiquen: en efecto, la falta de pago de una deuda constituye una injuria para los interesados, pero el robo y la violencia son injurias hechas a la personalidad de un Estado.

Cualquiera cosa que se haga a un hombre, de acuerdo con su propia voluntad, significada a quien realiza el acto, no es una injuria para aquél. En efecto, si quien la hace no ha renunciado, por medio de un pacto anterior, su derecho originario a hacer lo que le agrada, no hay quebrantamiento del pacto y, en consecuencia, no se le hace injuria. Y si, por lo contrario, ese pacto anterior existe, el hecho de que el ofendido haya expresado su voluntad respecto de la acción, libera de ese pacto, y, por consiguiente, no constituye injuria.

Los escritores dividen la justicia de las acciones en *conmutativa* y *distributiva*: la primera, dicen, consiste en una proporción aritmética, la última en una proporción geométrica. Por tal causa sitúan la justicia conmutativa en la igualdad de valor de las cosas contratadas, y la distributiva en la distribución de iguales beneficios a hombres de igual mérito. Según eso sería injusticia vender más caro que compramos, o dar a un hombre más de lo que merece. El valor de todas las cosas contratadas se mide por la apetencia de los contratantes, y, por consiguiente, el justo valor es el que convienen en dar. El mérito (aparte de lo que es según el pacto, en el que el

cumplimiento de una parte hace acreedor al cumplimiento por la otra, y cae bajo la justicia conmutativa, y no distributiva) no es debido por justicia, sino que constituye solamente una recompensa de la gracia. Por tal razón, no es exacta esta distinción en el sentido en que suele ser expuesta. Hablando con propiedad, la justicia conmutativa es la justicia de un contratante, es decir, el cumplimiento de un pacto en materia de compra o venta, o el arrendamiento y la aceptación de él, el prestar y el pedir prestado, el cambio y el trueque y otros actos contractuales. Justicia distributiva es la justicia de un árbitro, esto es, el acto de definir lo que es justo. Mereciendo la confianza de quienes lo han erigido en árbitro, si responde a esa confianza, se dice que distribuye a cada uno lo que le es propio: ésta es, en efecto, distribución justa, y puede denominarse (aunque impropriadamente) justicia distributiva, y, con propiedad mayor, equidad, la cual es una ley de naturaleza, como mostraremos en lugar adecuado.

CAPÍTULO XXVI: DE LAS LEYES CIVILES

ENTIENDO por leyes civiles aquellas que los hombres están obligados a observar porque son miembros no de este o aquel Estado en particular, sino de un Estado. En efecto, el conocimiento de las leyes particulares corresponde a aquellos que profesan el estudio de las leyes de diversos países; pero el conocimiento de la ley civil, en general, a todos los hombres. La antigua ley de *Roma* era llamada *ley civil*, de la palabra *civitas*, que significa el Estado. Y los países que, habiendo estado sometidos al Imperio romano y gobernados por esta ley, conservan todavía una parte de ella, porque la estiman oportuna, llaman a esta parte ley civil, para distinguirla del resto de sus propias leyes civiles. Pero no es de esto de lo que voy hablar aquí: mi designio no es exponer lo que es ley en un lugar o en otro, sino lo que es ley, tal como lo hicieron *Platón*, *Aristóteles*, *Cicerón* y otros varios, sin hacer profesión del estudio de la ley.

Es evidente, en primer término, que regla en general no es consejo, sino orden; y no orden de un hombre a otro, sino solamente de aquel cuya orden se dirige a quien anteriormente está obligado a obedecerle. Y en cuanto a la ley civil, añade solamente al nombre de la persona que manda, que es la *persona civitatis*, la persona del Estado.

Teniendo esto en cuenta, yo defino la ley civil de esta manera: LEY CIVIL es, para cada súbdito, aquellas reglas que *el Estado le ha ordenado de palabra o por escrito o con otros signos suficientes de la voluntad, para que las utilice en distinguir lo justo de lo injusto, es decir, para establecer lo que es contrario y lo que no es contrario a la ley.*

En esta definición no hay nada que no sea evidente desde el principio, porque cualquiera puede observar que ciertas leyes se dirigen a todos los súbditos en general; otras, a provincias particulares; algunas, a vocaciones especiales, y algunas otras a determinados hombres: son, por consiguiente, leyes para cada uno de aquellos a quienes la orden se dirige, y para nadie más. Así, también, se advierte que las leyes son normas sobre lo justo y lo injusto, no pudiendo ser reputado injusto lo que no sea contrario a ninguna ley. Del mismo modo resulta que nadie puede hacer leyes sino el Estado, ya que nuestra subordinación es respecto del Estado solamente; y que las órdenes deben ser manifestadas por signos suficientes, ya que, de otro modo, un hombre no puede saber cómo obedecerlas. Por consiguiente, cualquier cosa que por necesaria consecuencia sea deducida de esta definición, debe ser reconocida como verdadera.

7. Convienen nuestros juristas en que esa ley nunca puede ser contra la razón; afirman también que la ley no es la letra (es decir, la construcción legal), sino lo que está de acuerdo con la intención del legislador. Todo esto es cierto, pero la duda estriba en qué razón habrá de ser la que sea admitida como ley. No puede tratarse de una razón privada, porque entonces existiría entre las leyes tanta contradicción como entre las escuelas; ni tampoco (como pretende sir *Ed. Coke*) en una *perfección artificial de la razón, adquirida mediante largo estudio, observación y experiencia* (como era su caso). En efecto, es posible que un prolongado estudio aumente y confirme las sentencias erróneas: pero cuando los hombres construyen sobre falsos cimientos, cuanto más edifican, mayor es la ruina; y, además, las razones y resoluciones de aquellos que estudian y observan con igual empleo de tiempo y diligencia, son y deben permanecer discordantes: por consiguiente, no es esta *jurisprudencia* o sabiduría de los jueces subordinados, sino la razón del Estado, nuestro hombre artificial, y sus mandamientos, lo que constituye la ley. Y siendo el Estado, en su representación, una sola persona, no puede fácilmente surgir ninguna contradicción en las leyes; y cuando se produce, la misma razón es capaz, por interpretación o alteración, para eliminarla. En todas las Cortes de justicia es el soberano (que personifica el Estado) quien juzga. Los jueces subordinados deben tener en cuenta la razón que motivó a su soberano a instituir aquella ley, a la cual tiene que conformar su sentencia; sólo entonces es la sentencia de su soberano; de otro modo es la suya propia, y una sentencia injusta, en efecto.

Otra división de las leyes es en *naturales* y *positivas*. Son leyes *naturales* las que han sido leyes por toda la eternidad, y no solamente se llaman leyes *naturales*, sino también leyes *morales*, porque descansan en

las virtudes morales, como la justicia, la equidad y todos los hábitos del intelecto que conducen a la paz y a la caridad; a ellos me he referido ya en los capítulos XIV y XV.

Positivas son aquellas que no han existido desde la eternidad, sino que han sido instituidas como leyes por la voluntad de quienes tuvieron poder soberano sobre otros, y o bien son formuladas, escritas o dadas a conocer a los hombres por algún otro argumento de la voluntad de su legislador.

A su vez, entre las leyes positivas unas son *humanas*, otras *divinas*, y entre las leyes humanas positivas, unas son *distributivas*, otras *penales*. Son *distributivas* las que determinan los derechos de los súbditos, declarando a cada hombre en virtud de qué adquiere y mantiene su propiedad sobre las tierras o bienes, y su derecho o libertad de acción: estas leyes se dirigen a todos los súbditos. Son *penales* las que declaran qué penalidad debe infligirse a quienes han violado la ley, y se dirigen a los ministros y funcionarios establecidos para ejecutarlas. En efecto, aunque cada súbdito debe estar informado de los castigos que por anticipado se instituyeron para esas transgresiones, la orden no se dirige al delincuente (del cual ha de suponerse que no se castigará conscientemente a sí mismo), sino a los ministros públicos instituidos para que las penas sean ejecutadas. Estas leyes penales se encuentran escritas en la mayor parte de los casos con las leyes distributivas, y a veces se denominan sentencias. En efecto, todas las leyes son juicios generales o sentencias del legislador, como cada sentencia particular es, a su vez, una ley para aquel cuyo caso es juzgado.

Las *leyes positivas divinas* (puesto que las leyes naturales, siendo eternas y universales, son todas divinas) son aquellas que siendo mandamientos de Dios (no por toda la eternidad, ni universalmente dirigidas a todos los hombres, sino sólo a unas ciertas gentes o a determinadas personas) son declaradas como tales por aquellos a quienes Dios ha autorizado para hacer dicha declaración. Ahora bien, ¿cómo puede ser conocida esta autoridad otorgada al hombre para declarar que dichas leyes positivas son leyes de Dios? Dios puede ordenar a un hombre, por vía sobrenatural, que dé leyes a otros hombres. Pero como es consustancial a la ley que los obligados por ella adquieran el convencimiento de la autoridad de quien la declara, y nosotros no podemos, naturalmente, adquirirlo directamente de Dios, ¿cómo puede un hombre, sin revelación sobrenatural, asegurarse de la revelación recibida por el declarante, y cómo puede verse obligado a obedecerla? Por lo que respecta a la primera cuestión: cómo un hombre puede adquirir la evidencia de la revelación de otro, sin una revelación particular hecha a él mismo es evidentemente imposible; porque si un hombre puede ser inducido a creer tal revelación por los milagros que ve hacer a quien pretende poseerla, o por la extraordinaria santidad de su

vida, o por la extraordinaria sabiduría y felicidad de sus acciones (todo lo cual son signos extraordinarios del favor divino); sin embargo, todo ello no es testimonio cierto de una revelación especial. Los milagros son obras maravillosas, pero lo que es maravilloso para unos puede no serlo para otros. La santidad puede fingirse, y la felicidad visible en este mundo resulta ser, en muchos casos, obra de Dios por causas naturales y ordinarias. Por consiguiente, ningún hombre puede saber de modo infalible, por razón natural, que otro ha tenido una revelación sobrenatural de la voluntad divina; sólo puede haber una creencia, y según que los signos de ésta aparezcan mayores o menores, la creencia es unas veces más firme y otras más débil.

En cuanto a la segunda cuestión de cómo puede ser obligado a obedecerla, no es tan ardua. En efecto, si la ley declara no ser contra la ley de naturaleza (que es, indudablemente, ley divina) y el interesado se propone obedecerla, queda obligado por su propio acto; obligado, digo, a obedecerla, no obligado a creer en ella, ya que las creencias y meditaciones de los hombres no están sujetas a los mandatos, sino sólo a la operación de Dios, de modo ordinario o extraordinario. La fe en la ley sobrenatural no es una realización, sino sólo un asentimiento a la misma, y no una obligación que ofrecernos a Dios, sino un don que Dios otorga libremente a quien le agrada; como, por otra parte, la incredulidad no es un quebrantamiento de algunas de sus leyes, sino un repudio de todas ellas, excepto las leyes naturales. Cuanto vengo afirmando puede esclarecerse más todavía mediante ejemplos y testimonios concernientes a este punto y extraídos de la Sagrada Escritura. El pacto que Dios hizo con *Abraham* (por modo sobrenatural) era así: *Este será mi pacto, que guardaréis entre mí y vosotros y tu simiente después de ti*. La descendencia de *Abraham* no tuvo esta revelación, ni siquiera existía entonces; constituía, sin embargo, una parte del pacto, y estaba obligada a obedecer lo que *Abraham* les manifestara como ley de Dios: cosa que ellos no podían hacer sino en virtud de la obediencia que debían a sus padres, los cuales (si no están sujetos a ningún otro poder terrenal, como ocurría en el caso de *Abraham*) tienen poder soberano sobre sus hijos y sus siervos. A su vez, cuando Dios dijo a *Abraham*: *En ti deben quedar bendecidas todas las naciones de la tierra; porque yo sé que tú ordenarás a tus hijos y a tu hogar, después de ti, que tomen la vía del Señor y observen la rectitud y el juicio*, es manifiesto que la obediencia de su familia, que no había tenido revelación, dependía de la obligación primitiva de obedecer a su soberano. En el monte *Sinái* sólo *Moisés* subió a comunicarse con Dios, prohibiéndose que el pueblo lo hiciera, bajo pena de muerte; sin embargo, estaban obligados a obedecer todo lo que *Moisés* les declaró como ley de Dios. ¿Por qué razón si no por

la de sumisión espontánea podían decir: *Háblanos y te oiremos, pero no dejes que Dios nos hable a nosotros, o moriremos?* En estos dos pasajes aparece suficientemente claro que, en un Estado, un súbdito que no tiene una revelación cierta y segura, particularmente dirigida a sí mismo, de la voluntad de Dios, ha de obedecer como tal el mandato del Estado; en efecto, si los hombres tuvieran libertad para considerar como mandamientos de Dios sus propios sueños y fantasías, o los sueños y fantasías de los particulares, difícilmente dos hombres se pondrían de acuerdo acerca de lo que es mandamiento de Dios; y aun a ese respecto cada hombre desobedecería los mandamientos del Estado. Concluyo, por consiguiente, que en todas las cosas que no son contrarias a la ley moral (es decir, a la ley de naturaleza) todos los súbditos están obligados a obedecer como ley divina la que se declara como tal por las leyes del Estado. Esto es evidente para cualquiera razón humana, pues lo que no se hace contra la ley de naturaleza puede ser convertido en ley en nombre de quien tiene el poder soberano; y no existe razón en virtud de la cual los hombres estén menos obligados, si esto se propone en nombre de Dios. Además, no existe lugar en el mundo donde sea tolerable que los hombres reconozcan otros mandamientos de Dios que los declarados como tales por el Estado. Los Estados cristianos castigan a quienes se rebelan contra la religión cristiana, y todos los demás Estados castigan a cuantos instituyen una religión prohibida. En efecto, en todo aquello que no esté regulado por el Estado, es de equidad (que es la ley de naturaleza, y, por consiguiente, una ley eterna de Dios) que cada hombre pueda gozar por igual de su libertad.

IMMANUEL KANT:

“**Metafísica de las costumbres**”^{*}

INTRODUCCIÓN A LA METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES

III: Sobre la división de la metafísica de las costumbres

Toda legislación —bien prescriba acciones internas o externas, y bien las prescriba *a priori* por la simple razón o por el arbitrio de otra persona— está integrada por dos elementos: en primer lugar, una ley que

^{*} Texto extraído de I. Kant, *Introducción a la Teoría del Derecho* (Madrid: Ediciones Centro de Estudios Constitucionales, 1978). Traducción e introducción de Felipe González Vicen.

presenta objetivamente como necesaria la acción que debe acontecer, es decir, una ley que hace un deber de la acción, y, en segundo lugar, un motivo que une subjetivamente el fundamento que determina al arbitrio a la acción con la representación de la ley. Es decir, que el segundo elemento consiste en que la ley convierte a la obligación en motivo de la acción. Por el primer elemento, la acción es representada como obligación, lo cual es un mero conocimiento teórico de la determinación posible del arbitrio, es decir, de reglas prácticas; por el segundo, la vinculación a obrar así es unida a un fundamento de determinación del arbitrio en el sujeto.

Toda legislación, por tanto, aun cuando coincida con otra por razón de las acciones que convierte en obligación, aun cuando, por ejemplo, las acciones sean en todos los casos externas, puede, sin embargo, diferenciarse de ellas desde el punto de vista del motivo del obrar. Aquella legislación que convierte una acción en obligación y que, además, hace, a la vez, de esta obligación el motivo del obrar, es una legislación ética. Aquélla, en cambio, que no incluye esto último en la ley, y que, por tanto, consiente en otro motivo del obrar que la idea de la obligación misma, es una legislación jurídica. En relación con esta forma de legislación, se ve fácilmente que este motivo del obrar distinto de la idea de la obligación tiene que provenir de los fundamentos patológicos de determinación del arbitrio, de las inclinaciones y repulsiones, y, entre éstas, de las de la última especie, ya que la legislación jurídica ha de ser compulsora y no una incitación meramente invitatoria.

La mera coincidencia o no coincidencia de una acción con la ley, sin consideración al motivo del obrar, se llama la legalidad de la acción; aquella coincidencia o no coincidencia, en cambio, en la que la idea de la obligación impuesta por la ley es, a la vez, el motivo del obrar, se llama la moralidad de la acción.

Las obligaciones derivadas de la legislación jurídica sólo pueden ser obligaciones externas, ya que esta legislación no exige que la idea de la obligación, la cual es de naturaleza interna, sea por sí misma fundamento de determinación del arbitrio del actor, y como, por otra parte, precisa de un motivo del obrar adecuado a la ley, sólo puede unir a ésta motivos externos. La legislación ética, en cambio, convierte en obligación acciones internas, pero ello no con exclusión de las externas, sino que se refiere a todo lo que es obligación en absoluto. Pero justamente por ello, porque la legislación ética incluye en su ley el motivo interno de la acción, la idea de la obligación, un carácter que no puede darse en la legislación externa, la legislación ética no puede ser una legislación externa, ni siquiera la de una voluntad divina, aunque sí puede insertar en su legislación como motivos del obrar obligaciones procedentes de otra legislación, incluso de una legislación externa.

De aquí se deduce que todas las obligaciones, simplemente por ser obligaciones, pertenecen a la ética, lo que no quiere decir, empero, que la legislación de la que proceden esté contenida, por ello, en la ética, sino que, en muchos casos, está fuera de ella. Así, por ejemplo, la ética prescribe que tengo que cumplir la promesa hecha en un contrato, aun cuando la otra parte no pueda forzarme a ello; pero aquí la ética toma de la teoría del Derecho como dadas la ley (*pacta sunt servanda*) y la obligación correspondiente. Es decir, que la legislación que manda cumplir la promesa hecha no se encuentra en la ética, sino en el *Ius*. La ética nos enseña tan sólo, partiendo de aquí, que aun cuando cese el motivo del obrar que une la legislación jurídica con aquella obligación, es decir, la coacción externa, la idea de la obligación basta ya por sí como motivo del obrar. Pues si ello no fuese así y la legislación misma no fuese jurídica, ni obligación jurídica —a diferencia de la obligación ética—, la obligación derivada de ella, la acción impuesta por la buena fe de cumplir lo prometido en un contrato, entraría en la misma clase que las acciones de la benevolencia y su obligatoriedad, lo cual no debe tener lugar. Mantener la promesa hecha no es una obligación ética, sino una obligación jurídica, para cuyo cumplimiento puede emplearse la coacción. Pero, no obstante, es una acción virtuosa —una prueba de la virtud— el hacerlo también en los casos en que no hay que temer la coacción. La teoría del Derecho y la ética no se distinguen, pues, tanto por la diversidad de sus obligaciones como por la diversidad de la legislación, la cual une con la ley una u otra clase de motivos del obrar.

La legislación ética —sus obligaciones pueden ser también externas— es aquella que no puede ser externa, y jurídica aquella que sí puede serlo. Así, por ejemplo, el cumplir la promesa otorgada contractualmente es una obligación externa, pero el imperativo, en cambio, de hacer esto tan sólo porque es obligación, sin tener en cuenta otros motivos del obrar, pertenece al campo de la legislación interna. Es decir, que, en este caso, la vinculación se incluye en la ética, no como una obligación de clase especial, como sin tipo particular de acciones a las que se esté obligado, ya que es una obligación externa tanto en el Derecho como en la ética, sino porque aquí la legislación es interna y no puede tener ningún legislador externo. Por la misma razón se insertan en la ética las obligaciones de la benevolencia, aun siendo obligaciones externas, es decir, vinculación a acciones externas: porque su legislación sólo puede ser interna. La ética tiene, desde luego, sus obligaciones peculiares, como por ejemplo, las obligaciones consigo mismo; pero, sin embargo, tiene obligaciones comunes con el Derecho, aunque no la forma de la obligatoriedad. Lo propio de la legislación ética es, en efecto, realizar acciones sólo porque son obligatorias, convirtiendo en motivo suficiente del arbitrio el principio de la

obligación, sea cual fuere la procedencia de ésta. Hay, por eso, muchas obligaciones éticas directas, pero la legislación interna convierte también todas las demás en obligaciones éticas indirectas. [...]

INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DEL DERECHO

A: ¿Qué es la teoría del Derecho?

El conjunto de leyes para las cuales es posible una legislación externa se llama teoría del Derecho (*Ius*). Si esta legislación es real, se llama teoría del Derecho positivo, y el entendido en ella o jurisconsulto (*Iurisconsultus*) se denomina perito en Derecho (*Iurisperitus*), siempre que conozca las leyes externas también externamente, es decir, en su aplicación a los casos que presenta la experiencia; la teoría del Derecho positivo puede convertirse en arte jurídico (*Iurisprudencia*), y sin el arte práctico queda reducido a mera ciencia del Derecho (*Iurisscientia*). Esta última denominación corresponde también al conocimiento sistemático de la teoría del Derecho natural (*Ius naturae*), aun cuando el jurisconsulto tiene que formular en ella los principios inmutables de toda legislación positiva.

B: ¿Qué es el Derecho?

Si no quiere caer en tautologías, o remitir a lo que las leyes disponen en un país y en una época, en lugar de ofrecer una respuesta de carácter general, la pregunta tiene que sumir al jurista en la misma perplejidad que al lógico la pregunta: ¿qué es verdad? El jurista puede, sin duda, decirnos qué es Derecho en un momento concreto (*quid sit iuris*), es decir, qué es lo que las leyes dicen o han dicho en un lugar y tiempo determinados; pero si lo que las leyes disponen es también justo, y cuál es el criterio general que nos sirve para distinguir lo justo de lo injusto (*iustum et iniustum*), son cosas que no podrá descubrir nunca, mientras no abandone durante algún tiempo los principios empíricos y busque las fuentes de aquellos juicios en la mera razón —para lo cual aquellas leyes pueden servirle perfectamente de guía—, a fin de sentar así los fundamentos para una posible legislación positiva. Una teoría del Derecho meramente empírica es, como la cabeza de madera en la fábula de Fedro, una cabeza que puede ser muy hermosa, pero que no tiene seso.

El concepto del Derecho, en tanto que se refiere a una vinculatoriedad derivada de él, es decir, el concepto moral del Derecho, tiene por

objeto, en primer término, sólo la relación externa y práctica de una persona con otra y en tanto que sus acciones pueden tener influjo entre sí, bien mediata, bien inmediatamente. En segundo lugar, no tiene por objeto la relación del arbitrio con el deseo de otra persona, y, por tanto, con la mera necesidad, como, por ejemplo, en las acciones de la beneficencia o de la clemencia, sino la relación del arbitrio con el arbitrio de otra persona. En tercer lugar, en esta relación recíproca del arbitrio no se tiene en cuenta en absoluto la materia de éste, es decir, el fin que cada uno persigue con el objeto —no se pregunta, por ejemplo, si el que me compra una mercancía para su propio comercio obtendrá o no con ella un beneficio—, sino sólo la forma en la relación del arbitrio recíproco, en tanto que es considerada como libre, y el hecho de si la acción del uno puede conciliarse con la del otro de acuerdo con una ley general.

El Derecho es, pues, el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad.

C: Principio general del Derecho

“Una acción es conforme a Derecho cuando, según ella o según su máxima, la libertad del arbitrio de cada uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general.”

Si mi acción, por tanto, o, en términos absolutos, mi estado, puede conciliarse con la libertad de todos según una ley general, me causa lesión aquel que me obstaculiza, en ello, pues este obstáculo —esta resistencia— no puede conciliarse con la libertad según leyes generales.

Igualmente se sigue de aquí: que no puede exigirse que este principio de todas las máximas se convierta, a la vez, en máxima mía, es decir, que haga de él la máxima de mi obrar, ya que todos pueden ser libres, a pesar de que su libertad me sea en absoluto indiferente, y a pesar de que, en el fondo, me gustaría incluso violarla, con tal tan sólo de que mis acciones no la menoscaben. El convertir en máximo para mí el obrar de acuerdo con el Derecho es una exigencia que la ética me formula.

La ley jurídica general obra externamente de tal modo que el libre ejercicio de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley general, es, pues, una ley que me impone una vinculatoriedad, pero que no espera en absoluto, ni mucho menos exige, que yo mismo limite mi libertad a aquellas condiciones por razón de dicha vinculatoriedad, sino que lo que la razón me dice es que la libertad se halla en su idea limitada a

aquellas condiciones y puede ser también limitada de hecho por otros en el mismo sentido, y esto nos lo dice como un postulado que no es susceptible de ninguna otra prueba. Si la intención es no enseñar virtud, sino sólo aquello que sea conforme al Derecho, no se debe ni se puede representar aquella ley jurídica general como motivo de la acción.

D: El Derecho está unido a la facultad de coacción

La resistencia que se opone al obstáculo de un efecto favorece este efecto y coincide con él. Ahora bien: todo lo que no es conforme al Derecho es un obstáculo a la libertad según leyes generales, y la coacción es un obstáculo o resistencia que la libertad padece. En consecuencia: si un cierto uso de la libertad es él mismo un obstáculo a la libertad según leyes generales —es decir, no conforme al Derecho—, la coacción que se opone a aquél coincide con la libertad. O, lo que es lo mismo, la coacción es un impedimento de un obstáculo a la libertad. O, lo que es lo mismo, la coacción es conforme al Derecho. Por tanto, de acuerdo con el principio de contradicción, al Derecho se halla unida en sí la facultad de ejercer coacción sobre aquél que la viola.

E: El Derecho estricto puede ser representado también como la posibilidad de una coacción recíproca general coincidente con la libertad de todos, según leyes generales

Esta proposición quiere decir que no hay que pensar el Derecho como compuesto de dos elementos; de un lado, la vinculatoriedad según la ley, y de otro, la facultad propia de aquel que vincula a los demás por su arbitrio, de ejercer la coacción contra éstos, sino que el concepto del Derecho puede situarse directamente en la conexión de la coacción recíproca general con la libertad de todos. Así como, en efecto, el Derecho en general no tiene en absoluto por objeto más que lo que se exterioriza en acciones, así también el Derecho estricto, es decir, aquel que no contiene nada ético, es aquel que no exige otro fundamento de determinación del arbitrio que simplemente los de naturaleza externa, pues se trata de un Derecho puro al que no se ha mezclado ningún precepto ético. Un Derecho estricto sólo puede denominarse aquel que es completamente externo. Este se basa, es cierto, en la conciencia de la vinculatoriedad de cada uno según la ley; pero el arbitrio que determina la vinculatoriedad no puede y no debe, si ha de ser

puro, apelar a aquella conciencia como motivo del obrar, sino que descansa en el principio de la posibilidad de una coacción externa que se concilia con la libertad de todos según leyes generales. Cuando se dice, por ejemplo, que un acreedor tiene el derecho a exigir del deudor el pago de la deuda, esto no significa que aquél puede convencer a éste de que su razón misma le obliga al pago, sino que una coacción que fuerza a todo el mundo a hacerlo así puede conciliarse con la libertad de todos —es decir, también con la del deudor—, según una ley general de libertad. Derecho y facultad de coacción significan, por tanto, una y la misma cosa.

La ley de una coacción recíproca que coincide necesariamente con la libertad de todos bajo el principio de la libertad general es, por así decirlo, la construcción de aquel concepto, es decir, la exposición del mismo en una pura intuición *a priori*, sirviéndose como analogía de la posibilidad de los movimientos libres de los cuerpos bajo la ley de la equivalencia del efecto y la reacción. Así como en la matemática pura no deducimos directamente del concepto las propiedades de su objeto, sino que sólo podemos descubrirlas por la construcción del concepto mismo, así también lo que nos hace posible la exposición del concepto del Derecho no es tanto el concepto en sí, como la coacción igual, recíproca y general, sometidas a leyes generales y coincidente con dicho concepto. Mientras que a este concepto dinámico, empero, le corresponde en la matemática pura —por ejemplo, en la geometría— un concepto puramente formal, la razón ha cuidado de dotar al entendimiento, en todo lo posible, de intuiciones *a priori* para la construcción del concepto del Derecho. Lo recto jurídicamente (*rectum*) es contrapuesto, como lo recto geoméricamente, en parte a lo torcido y en parte a lo oblicuo. Lo primero consiste en la naturaleza interna de una línea, de cuya especie sólo puede haber una entre dos puntos dados; lo segundo representa la situación de dos líneas que se cortan, de cuya clase tampoco puede haber más que una, la perpendicular, que no se incline más a un lado que a otro y que divida al espacio en dos partes iguales; de manera análoga también la teoría del Derecho quiere que a cada uno se le determine lo suyo con precisión matemática, lo cual no puede esperarse en la ética, en la cual no es posible eliminar un cierto espacio para excepciones (*latitudinem*). Pero sin penetrar en el terreno de la ética, hay dos casos que exigen una decisión jurídica, pero para los cuales no puede encontrarse quien los decida, y que pudiera decirse, por eso, que pertenecen al *intermundia* de Epicuro. Estos dos casos hemos de segregarlos ya ahora de la teoría del Derecho en sentido propio, a fin de que sus inseguros principios no influyan en los firmes principios de aquélla.

APÉNDICE A LA INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DEL DERECHO

Sobre el Derecho equívoco

(*Ius aequivocum*)

Todo Derecho en sentido estricto (*ius strictum*) está unido a la facultad de ejercer la coacción. Es posible, empero, pensar un Derecho en sentido amplio (*ius latum*), en el que la facultad de ejercer la coacción no se halle determinada por ninguna ley. Estos Derechos, verdaderos o supuestos, son dos: la equidad y el Derecho de necesidad, de los cuales el primero supone un Derecho sin coacción, y el segundo una coacción sin Derecho. Examinando ambos se ve fácilmente que esta equivocidad se debe, en realidad, a que hay casos de un Derecho dudoso, para decidir del cual no hay juez competente.

I: La Equidad (Aequitas)

Considerada objetivamente, la equidad no es en absoluto un motivo de apelación a la obligación ética de otros, a su benevolencia o bondad, sino que aquel que exige algo basado en la equidad se apoya en su derecho, y lo único que ocurre es que le faltan las condiciones necesarias, de acuerdo con las cuales el juez podría determinar en qué medida o de qué manera deberían serle satisfechas sus pretensiones. El que entra en una sociedad constituida sobre la igualdad de los beneficios y hace más que los restantes socios, mientras que, a la vez, por circunstancias desgraciadas, pierde también más que los otros, puede, de acuerdo con la equidad, exigir de la sociedad una parte mayor que la que le correspondería en pie de igualdad con los demás socios. No obstante, de acuerdo con el Derecho estricto, su pretensión sería rechazada, ya que el juez no poseería datos concretos para determinar lo que debería corresponderle según el contrato. El servidor con salario contratado por un año, que recibe su remuneración en una moneda depreciada en el intervalo, de tal suerte que con ella no puede adquirir lo que podía al concluir el contrato, es decir, que recibe la misma cantidad en numerario, pero con menor fuerza adquisitiva, no puede hacer valer su derecho y pedir una indemnización, sino sólo apelar a la equidad —una deidad muda, a la que nadie puede oír—, ya que en el contrato no se había previsto el caso, y el juez no puede faltar según hechos vagos.

De aquí se sigue también que un tribunal de equidad destinado a decidir una disputa sobre los derechos de otras personas encierra una contradicción en sí. Sólo allí donde están en cuestión los propios derechos del juez, y donde puede disponer en lo que a su persona afecta, puede y debe prestar oídos a la equidad; así, por ejemplo, cuando la corona accede a hacerse cargo de los daños que otras personas han sufrido a su servicio, a pesar de que, según el Derecho estricto, podría rechazar la petición, alegando que los que le sirven lo hacen por su propia cuenta y riesgo.

El lema (*dictum*) de la equidad, es verdad, reza que “el Derecho más estricto constituye la mayor injusticia” (*summum ius summa iniuria*), pero este mal no puede remediarse por una determinación acerca de lo que sea Derecho en el caso, pues aunque se trata de una exigencia jurídica, ésta aquí pertenece tan sólo al fuero de la conciencia (*forum poli*), mientras que toda cuestión acerca de lo que es Derecho en un caso concreto tiene que hacerse valer ante el Derecho positivo (*forum soli*).

II: El Derecho de necesidad (*ius necessitatis*)

Este supuesto derecho significaría la facultad de quitar la vida a alguien que no me ha hecho nada, siempre que mi misma vida se halle en peligro. Salta a la vista que aquí tiene que contenerse una contradicción de la teoría del Derecho consigo misma, ya que no se trata de un agresor que injustamente atenta contra mi vida, y del que yo me defiendo quitándole la suya (*ius inculpatae tutelae*) —un caso en el que la moderación (*moderamen*) no la recomienda siquiera el Derecho, sino la ética—, sino que se trata de una violencia permitida y dirigida contra quien no me ha hecho objeto de ninguna.

Es claro que esta afirmación no ha de entenderse en sentido objetivo, según lo que una ley prescribe, sino simplemente en sentido subjetivo, tal como recaería sentencia ante un tribunal. No puede haber, en efecto, ninguna ley penal que castigue con la muerte a aquel que, en un naufragio, y hallándose en el mismo peligro de muerte que otro, arroja a éste de un madero con el fin de salvarse a sí mismo, ya que la pena con la que la ley podría amenazar no sería nunca mayor que la pérdida de la vida. Una ley penal semejante no podría tener el efecto deseado, pues la amenaza con un mal todavía incierto —la muerte después de condenado por el juez— no puede vencer el temor de un mal cierto, cual es el de perecer ahogado. El hecho de salvar la propia vida por la violencia no ha de considerarse, pues, como exento de pena (*inculpabile*), sino como no susceptible de pena (*imputabile*), y esta falta de pena para el hecho, que es de carácter subjetivo, es confundida asombrosamente por los jurisconsultos con una falta de pena objetiva.

El lema del derecho de necesidad reza: “la necesidad no reconoce ley” (*necessitas non habet legem*). No obstante lo cual, no puede haber ninguna necesidad que haga conforme a Derecho lo que no lo es.

Se ve, pues, que en los dos juicios jurídicos, de acuerdo con la equidad y según el derecho de necesidad, la equivocidad (*aequivocatio*) surge de la confusión entre los dos fundamentos, objetivo y subjetivo, ante la razón y ante un tribunal, del ejercicio del Derecho. Y si alguien tiene para sí por conforme a Derecho algo que no encuentra confirmación ante un tribunal, y, en cambio, algo que tiene por no conforme a Derecho encuentra allí indulgencia, ello se debe a que el concepto de Derecho no es tomado en ambos casos en la misma significación.

DIVISIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO

A: División general de las obligaciones jurídicas

Esta división puede llevarse a cabo muy bien siguiendo a Ulpiano, con sólo dar a sus fórmulas un sentido que quizá él mismo no percibió claramente, pero que ellas mismas consienten. Estas fórmulas son las siguientes:

1) Sé honesto (*honeste-vive*). La honestidad jurídica (*honestas iuridica*) consiste en afirmar nuestro propio valor como hombre en nuestras relaciones con los demás, una obligación que se formula con la siguiente proposición: “no te conviertas en medio para los demás, sino sé para ellos, a la vez, fin”. En lo que sigue, esta obligación será explicada como vinculatoriedad derivada del Derecho de la humanidad en nuestra propia persona (*Lex iusti*).

2) No causes lesión a nadie (*neminem laede*), y ello aun cuando tengas que romper toda unión con los demás y rehuir toda sociedad.

3) Si no puedes evitar lo anterior, entra con otros en una sociedad en la cual a cada uno le pueda ser garantizado lo suyo (*suum cuique tribue*). Si la última fórmula fuera traducida por “da a cada uno lo suyo”, el resultado sería un absurdo, ya que a nadie se le puede dar lo que ya tiene. Si la fórmula ha de tener un sentido, por eso, éste no puede ser otro que el de “entra en un estado en el que puede serle asegurado a cada uno lo suyo frente a todos los demás” (*Lex iustitiae*).

Es decir, que las tres fórmulas clásicas mencionadas son, a la vez, principios de división del sistema de las obligaciones jurídicas en internas, externas y aquellas que contienen por subsunción la deducción de las últimas del principio de las primeras.

B: División general de los derechos

1) El Derecho como doctrina sistemática se divide en Derecho natural, que descansa en principios *a priori*, y Derecho positivo o estatutario, que procede de la voluntad de un legislador.

2) El Derecho como facultad moral de obligar a otros, es decir, como fundamento legal de aquella (*titulum*), se divide en Derecho innato y Derecho adquirido, siendo el primero aquel que corresponde a alguien por naturaleza, independientemente de todo acto jurídico, y el segundo, aquél para el que es preciso un acto semejante.

Lo mío y tuyo innatos pueden también llamarse internos (*meum vel iuum internum*), pues lo mío y tuyo externos tienen siempre que ser adquiridos.

NO HAY MÁS QUE UN DERECHO INNATO

Libertad —independencia del arbitrio compulsivo de otra persona—, siempre que se concilie con la libertad de los demás según una ley general, es este único derecho originario, el cual corresponde a todo hombre por virtud de su propia humanidad. La igualdad innata, es decir, el derecho a no ser vinculado por otros a más de aquello a lo que uno puede también vincularlos recíprocamente; de consiguiente, la cualidad del hombre de ser dueño de sí mismo (*sui iuris*), así como de ser tenido por hombre recto (*iusti*), siempre que, desde el punto de vista del Derecho, no haya causado lesión a nadie; finalmente, la facultad de hacer en relación con otros todo aquello que en sí no menoscaba los derechos de éstos, y siempre que ellos mismos no los tomen en sus manos; asimismo, el derecho de comunicar a otros sus pensamientos, contándoles o prometiéndoles algo, bien sea verdad y sincero, bien sea incierto e insincero (*veriloquium aut falsiloquium*), ya que sólo de los otros depende el que lo quieran creer o no (1): todas estas facultades están ya comprendidas en el principio de la libertad innata y no pueden verdaderamente distinguirse de ella, en tanto que miembros de una división bajo el concepto superior del Derecho.

La intención por la cual se ha introducido tal división en el sistema del Derecho natural —en tanto que se refiere al campo de lo innato— es la de que si surge una polémica sobre un derecho adquirido y se plantea el problema de a quién corresponde la carga de la prueba (*onus probandi*), bien de un hecho dudoso, o bien, si éste ha sido establecido, de un derecho dudoso, aquel que niega para sí la vinculatoriedad puede siempre apelar metódicamente y como a diversos títulos jurídicos a su derecho de libertad innato.

Dado que en relación con lo mío y tuyo innatos, es decir, internos, no hay derechos, sino sólo un derecho, esta distinción superior, consistente, por tanto, en dos miembros extremadamente distintos por su contenido, habrá de ser confinada a los prolegómenos, y la división de la teoría del Derecho se referirá tan sólo a lo mío y tuyo externos.

JOHN AUSTIN:
**“Determinación del objeto de estudio
de la teoría del Derecho”***

Las leyes propiamente tales, o propiamente llamadas, son mandatos; leyes que no sean mandatos son leyes impropias o impropiedades llamadas. Las leyes propiamente llamadas, junto a las leyes impropiedades llamadas, pueden ser divididas en las siguientes cuatro clases:

1. Las leyes divinas: esto es, las leyes que son dadas por Dios a sus criaturas humanas.
2. Las leyes positivas: esto es, leyes que son simple y estrictamente así llamadas, y que forman la materia apropiada de estudio de la teoría general y de la teoría particular del Derecho.
3. La moral positiva, normas de moral positiva o normas morales positivas.
4. Leyes metafóricas o figurativas, o meramente metafóricas o figurativas.

Las leyes divinas y las leyes positivas son leyes propiamente llamadas. En cuanto a las normas morales positivas, algunas son leyes propiamente

* Texto extraído de John Austin, *The province of Jurisprudence Determinated*, conferencia 1. Traducido para la revista *Derecho y Humanidades*, Vol., 1, (1992), Universidad de Chile, Escuela de Derecho, por Rodrigo P. Correa C., ayudante de Introducción al Derecho, Fac. Derecho U. de Chile, editor de *Revista Derecho y Humanidades*, y Macarena Navarrete, alumna de Derecho, Universidad de Chile.

llamadas, pero otras son leyes impropias. Las normas morales positivas que son leyes impropriamente llamadas, pueden ser llamadas leyes por el uso o ser normas establecidas o impuestas por opinión: ya que ellas son sólo opiniones o sentimientos que las personas tienen respecto de la conducta humana. Una ley establecida por opinión y una ley propiamente tal e imperativa, sólo están unidas por analogía; si bien la analogía por la que están unidas es fuerte y cercana. Las leyes metafóricas o figurativas, o meramente metafóricas o figurativas, son leyes impropriamente llamadas. Una ley metafórica o figurativa y una ley propiamente tal e imperativa, están unidas sólo por analogía; y la analogía por la que están unidas es débil y remota.

Al determinar la esencia o naturaleza de una ley propiamente tal e imperativa, y al determinar los caracteres respectivos de esas cuatro clases diversas, puedo determinar positiva y negativamente la materia apropiada de estudio de la teoría del Derecho. Puedo establecer positivamente cuál es dicha materia, y distinguirla de varios objetos que están relacionados a ella de diversos modos, y con los cuales con no poca frecuencia se mezcla y confunde. Mostraré también sus afinidades con estos variados objetos con que se relaciona: afinidades que deben ser comprendidas de la forma más precisa y clara que se pueda, desde que hay una gran parte de la razón de ser del Derecho positivo para la cual aquéllas son la clave única o principal.

Conferencia N° 1

La materia de estudio de la teoría del Derecho es el Derecho positivo: el derecho, simple y estrictamente llamado: o el derecho establecido por un superior político a un inferior político. Pero el Derecho positivo (o derecho, simple y estrictamente llamado) suele confundirse con objetos con los que se relaciona por *semejanza*, y con objetos que son comprendidos, propia e impropriamente, por la vaga y extensa expresión *derecho*. Para obviar las dificultades derivadas de esta confusión, comienzo el curso que he proyectado, determinando el ámbito de la teoría del Derecho, o distinguiendo la materia de estudio de la teoría del Derecho de aquellos varios objetos con que se relaciona: intento definir aquello con lo que pretendo tratar, antes de esforzarme en analizar sus numerosas y complicadas partes.

Puede decirse que una ley, en la acepción más general y amplia en que el término es usado según su significado literal, es una norma dada para la guía de un ser inteligente por otro ser inteligente con poder sobre aquél. Bajo esta definición se comprenden, sin impropiedad, varias especies. Es necesario definir con precisión la línea de demarcación que separa estas

especies entre sí, ya que mucha nebulosa y embrollo ha habido en la ciencia del Derecho por estar éstas confundidas o no estar claramente distinguidas. En el sentido amplio recién señalado, o en el significado más comprensivo que tiene, sin extenderlo por metáfora o analogía, el término derecho abarca los siguientes objetos: leyes dadas por Dios a sus criaturas humanas, y leyes dadas por hombres a hombres.

El conjunto o una parte de las leyes dadas por Dios a los hombres es frecuentemente denominado derecho de la naturaleza o derecho natural: tratándose en efecto del único derecho natural del cual es posible hablar sin metáfora, o sin mezclar objetos que deban ser claramente diferenciados. Pero yo rechazo la apelación de Derecho natural por ambigua y equívoca, y denomino esas leyes o normas, consideradas en conjunto o en masa, el *Derecho Divino*, o el *Derecho de Dios*.

Las leyes dadas por hombres a hombres son de dos clases principales: clases que corrientemente se confunden, aunque son extremadamente diferentes; y que, por esa razón, deben ser distinguidas con precisión, y enfrentadas distintiva y conspicuamente.

De las leyes o normas dadas por hombres a hombres, algunas son establecidas por superiores *políticos*, soberano y súbdito; por personas que ejercen el *gobierno* supremo y subordinado, en naciones independientes, o en sociedades políticas independientes. El agregado de las normas así establecidas, o algún agregado que forma parte de aquel agregado, es la materia de estudio apropiada de la teoría del derecho, general o particular. El término *derecho*, según es usado simple y estrictamente, se aplica exclusivamente al agregado de normas así establecidas, o a algún agregado que forma parte de aquel agregado. Pero, en contraposición al Derecho *Natural*, o al derecho de la *naturaleza* (significando con tales expresiones la ley de Dios), el agregado de esas normas, establecidas por superiores políticos, es frecuentemente denominado *derecho positivo*, o derecho que existe por haber sido puesto (1). En contraposición a las normas que llamé *moral positiva*, y de las que trataré inmediately, el agregado de las normas establecidas por superiores políticos, también puede ser cómodamente etiquetado con el nombre de *derecho positivo*. Luego, con el objeto de tener un nombre breve y distintivo a la vez, denominaré a ese agregado de normas, o a cualquier porción de él, *derecho positivo*: aunque las normas que no son establecidas por superiores políticos, siempre que sean normas o leyes en la significación propia del término, también son *positivas* o existen por haber sido puestas.

Aunque *algunas* de las leyes o normas que son dadas por hombres a hombres son establecidas por superiores políticos, *otras no* son establecidas

por superiores políticos, o *no* son establecidas por superiores políticos en tal capacidad o carácter.

En una analogía muy cercana a las leyes humanas de esta segunda clase se encuentra un grupo de objetos frecuente aunque impropriamente llamados *leyes*, los que en realidad son normas establecidas y respaldadas por *mera opinión*, esto es, por las opiniones sostenidas o sentimientos experimentados por un cuerpo indeterminado de hombres en relación a la conducta humana. Ejemplos de un uso semejante del término derecho (law) son las expresiones “la ley (law) del honor”; “la ley (law) de la moda” (2); y normas de estas especies constituyen gran parte de lo que usualmente es llamado “derecho internacional”.

El agregado de las leyes humanas propiamente llamadas del segundo grupo arriba mencionado, junto con el agregado de objetos impropriamente aunque por cercana analogía llamados leyes los ubico en una clase común, y los denoto por la expresión *moral positiva*. El sustantivo moral los distingue del *Derecho positivo*, mientras que el epíteto *positivo* los separa de la *ley de Dios*. Y con el fin de evitar confusiones, es necesario o conveniente que ellos deban ser separados de la última por dicho epíteto distintivo. Ya que el sustantivo moral, cuando va solo y no está calificado, denota indiferentemente cualquiera de estos objetos: la moral positiva *como es* y la moral positiva *como debería ser* si se conformara a la ley de Dios, y fuere, por lo tanto, digna de aprobación.

Además de los diversos tipos de normas que se incluyen en el significado literal del término derecho, y aquellas que por una analogía cercana y poderosa son llamadas, aunque impropriamente, leyes, hay numerosas aplicaciones de la palabra derecho que descansan en una analogía débil, y que son meramente metafóricas o figurativas. Tal es el caso cuando hablamos de *leyes* seguidas por los animales inferiores; de *leyes* que regulan el crecimiento y descomposición de los vegetales; de *leyes* que determinan los movimientos de cuerpos o masas inanimados. Porque ahí donde no hay *inteligencia*, o donde ésta está demasiado limitada para tomar el nombre de razón, y donde, por tanto, está demasiado limitada para poder concebir el propósito del derecho, no existe *voluntad* sobre la que el derecho pueda operar, o a la que el deber pueda incitar o constreñir. Sin embargo, a través de esta aplicación errada de un *sustantivo*, flagrante como es la metáfora, el terreno de la ciencia del derecho y de la moral ha sido inundado por una barrosa especulación.

Habiendo sugerido el *propósito* de mi esfuerzo por determinar el objeto de la teoría del Derecho: distinguir el Derecho positivo, la materia de estudio apropiada de la teoría del Derecho, de los varios objetos con los que

se le relaciona por semejanza, y con los que se relaciona, cercana o remotamente, por una analogía fuerte o débil; ahora estableceré la esencia de una ley o norma (tomado en el significado más amplio que con propiedad se le puede dar al término).

Cada ley o norma (tomado en el significado más amplio que con propiedad se le puede dar al término) es un *mandato*. Mejor dicho, las leyes o normas, propiamente llamadas, son *especies* de mandatos.

Luego, como el término *mandato* comprende el término ley, el primero es el más simple y más amplio de ambos. Pero, aunque simple, requiere de explicación. Y ya que es la *clave* de las ciencias del Derecho y de la moral, su significado debe ser analizado con precisión.

Por consiguiente me esforzaré, en primer lugar, en analizar el significado de “mandato”: un análisis que me temo va a poner a prueba la paciencia de mis oyentes, pero que éstos soportarán con alegría o al menos con resignación, si consideran la dificultad de llevarlo a cabo. Los elementos de una ciencia son precisamente las partes de esta que se explican con menos facilidad. Los términos que son los más amplios de una serie, y por tanto los más simples, no tienen expresiones equivalentes en los que se puedan resolver *concisamente*. Y cuando nos esforzamos en *definirlos*, o en traducirlos a términos que suponemos son mejor entendidos, nos vemos forzados a realizar delicados y tediosos circunloquios.

Si Ud. expresa o intima un deseo de que yo haga o me abstenga de hacer algo, y si Ud. me amenaza con un mal para el caso que yo no cumpla con su deseo, la *expresión o intimación* de su deseo es un *mandato*. Un mandato se distingue de otras significaciones de deseo, no por el estilo en que el deseo es significado, sino por el poder y el propósito de quien emite el mandato de infligir un mal o un dolor para el caso que su deseo sea desatendido. Si Ud. no puede o no va a dañarme en caso que yo no cumpla con su deseo, la expresión de éste no es un mandato, aunque haya sido proferido en una frase imperativa. Si Ud. está capacitado y tiene la voluntad de dañarme si yo no cumplo con su deseo, la expresión de éste vale como un mandato, aunque esté guiado por un espíritu de cortesía para expresarle en la forma de un ruego. “*Preces erant, sed quibus contradici non posset*”. Tal es el lenguaje de Tácito al referirse a una petición de la tropa a un hijo y lugarteniente de Vespasiano.

Luego, un mandato es una significación de deseo. Pero un mandato se distingue de otras significaciones de deseo por esta peculiaridad: que si la parte hacia quien va dirigida el mandato no cumple con el deseo, está expuesta a sufrir un mal.

Al estar expuesto a un mal de parte suya si no cumplo con un deseo que Ud. ha expresado, estoy *ligado u obligado* por su mandato, o estoy bajo

un *deber* de obedecerla. Si a pesar del mal amenazado, no cumplo con el deseo que Ud. ha proferido, se dice que he desobedecido su mandato, o que he violado el deber que me imponía. O, cambiando la expresión, siempre que existe un deber, ha sido expresado un deseo; y siempre que se expresa un mandato, un deber es impuesto.

Dicho en forma concisa, el significado de las expresiones correlativas es éste: aquel que provocará un mal en caso que su deseo sea desatendido, dicta un mandato mediante la expresión o intimación de su deseo. Aquel que está expuesto a sufrir un mal en caso de desatender el deseo, está ligado u obligado por el mandato.

El mal en que probablemente se incurrirá en caso que el mandato sea desobedecido o, para usar una expresión equivalente, en caso que el deber sea quebrantado, frecuentemente es llamado *sanción o coacción*. O, variando la frase, se dice que el mandato o el deber son *sancionados o respaldados* por la probabilidad de incurrir en un mal.

Así considerado abstraído del mandato y del deber que respalda, el mal en que se incurre por desobediencia con frecuencia se llama *pena*. Pero como las penas, estrictamente llamadas, son sólo una *clase* de sanciones, el término es muy estrecho para expresar el significado en forma adecuada.

Observo que el Dr. Paley, en su análisis del término *obligación*, pone mucho énfasis en la *violencia* del motivo para cumplir. Hasta donde puedo extraer un significado de su vaga e inconsistente afirmación, su significado parece ser éste: salvo que el motivo para cumplir sea *violento o intenso*, la expresión o intimación de un deseo no es un *mandato*, ni está la parte hacia la que dirige bajo un *deber* de obedecerlo.

Si por un motivo *violento* él se refiere a un motivo que opera con certeza, su proposición es manifiestamente falsa. Mientras mayor sea el mal a incurrir en caso que el deseo sea desatendido, y mientras mayor sea la probabilidad de incurrir en tal evento, mayor será, sin duda, la *probabilidad* de que el deseo *no* sea desatendido. Pero ningún motivo concebible va a determinar el cumplimiento con certeza o va a hacer la obediencia inevitable. Si la proposición de Paley es verdadera, en el sentido que aquí le he dado, los mandatos y los deberes son simplemente imposibles. O, reduciendo su proposición al absurdo por una consecuencia manifiestamente falsa, los mandatos y los deberes son posibles, pero jamás son desobedecidos o quebrantados.

Si por un *motivo* violento él quiere significar un mal que inspira temor, su significado es simplemente éste: que la parte obligada por un mandato está obligada por la expectativa de un mal. Pues aquello que no es

temido no se percibe como un mal, o, cambiando la forma de la expresión, no es un mal en perspectiva.

La verdad es que la magnitud del mal eventual, y la magnitud de la probabilidad de incurrir en él, son circunstancias ajenas a la materia en cuestión. Mientras mayor sea el mal eventual, y mayor sea la probabilidad de incurrir en él, mayor será la eficacia del mandato, y mayor será la fuerza de la obligación: O (sustituyendo expresiones exactamente equivalentes), mayor es la *probabilidad* de que el mandato sea obedecido, y de que el deber no sea quebrantado. Pero allí donde hay la más pequeña probabilidad de incurrir en el mal más pequeño, la expresión de un deseo vale como un mandato, y, por lo tanto, impone un deber. La sanción, si Ud. quiere, es débil o insuficiente; pero aun allí *hay* una sanción, y, por lo tanto, un deber y un mandato.

Algunos célebres escritores (Locke, Bentham, y pienso que Paley) usan el término *sanción* (4), para referirse tanto al bien condicional como al mal condicional: al premio como a la pena. Pero, con toda mi habitual veneración a los nombres de Locke y Bentham, pienso que esta extensión del término está llena de confusión y perplejidad.

Los premios son, sin duda, *motivos* para cumplir con los deseos de otros. Pero decir que los mandatos y deberes son *sancionados o respaldados* por premios, o hablar de premios como *obligando o construyendo* a obedecer, es alejarse demasiado del significado establecido de los términos.

Si Ud. expresa su deseo de que yo preste un servicio, y si Ud. ofrece un premio como el motivo que induce a prestarlo, difícilmente se diría que *Ud. ordena* el servicio, tampoco estaré yo, en lenguaje ordinario, *obligado* a prestarlo. En lenguaje ordinario, *Ud. me prometería* un premio, bajo condición de que yo prestara el servicio, mientras que yo podría ser *incitado o persuadido* a prestarlo por la esperanza de obtener el premio.

Nuevamente: si una ley establece un premio *para* inducir que se realice un acto, se ha conferido un *derecho* eventual a aquellos que pueden realizarlo, y no se les ha impuesto *obligación* alguna. La parte *imperativa* de la ley se dirige hacia aquéllos de quienes exige que *paguen* el premio.

En resumen: estoy determinado o inclinado a cumplir con el deseo de otro por el miedo de una desventaja o un mal. También estoy determinado o inclinado a cumplir con el deseo de otro por la esperanza de una ventaja o un bien. Pero es sólo por la probabilidad de incurrir en un mal que estoy *obligado* a cumplir. Es sólo mediante un mal condicional que los deberes son *sancionados o respaldados*. Es el poder y el propósito de infligir un mal eventual y *no* el poder y propósito de impartir un bien eventual, lo que da a la expresión de un deseo el nombre de un *mandato*.

Si incluimos el *premio* dentro del sentido del término *sanción*, nos vemos obligados a lanzarnos en una pesada batalla con el sentido que tiene

en el lenguaje común; y en repetidas ocasiones se deslizará inconscientemente, sin perjuicio de nuestros esfuerzos en contrario, en el significado más estrecho que tiene en el uso corriente.

De lo dicho, se sigue que las ideas o nociones comprendidas en el término mandato son las siguientes: 1. Un deseo concebido por un ser racional de que otro ser racional haga o no haga algo; 2. Un mal procedente del primero y en el que incurre el segundo en caso que éste no cumpla el deseo de aquél; 3. Una expresión o intimación del deseo por palabras u otros signos.

De lo dicho también aparece que los términos *mandato*, *deber* y *sanción* están inseparablemente conectados: que cada uno de ellos abarca las mismas ideas que los otros, si bien cada uno denota dichas ideas en un orden o serie peculiar.

Cualquiera de las tres expresiones significa, directa o indirectamente: un deseo concebido por alguien, expresado o intimado a otro, junto a la aplicación de un mal en caso que el deseo sea desatendido. Todas son distintos nombres para la misma compleja noción.

Pero cuando me refiero *directamente* a la expresión o intimación del deseo, uso el término *mandato*: destaco en mi oyente la expresión o intimación del deseo, dejando en segundo plano el mal amenazado y la probabilidad de incurrir en él.

Cuando me refiero *directamente* a la probabilidad de incurrir en el mal o, cambiando la expresión, a la responsabilidad o sujeción al mal, empleo el término *deber* o el término *obligación*: destacando la responsabilidad o sujeción al mal, y significando implícitamente el resto de la compleja noción.

Cuando me refiero *inmediatamente* al mal mismo, empleo el término *sanción*, o algún término de sentido parecido: significando directamente el mal amenazado; mientras que el merecimiento de ese mal, junto con la expresión o intimación del deseo, son indicados en forma indirecta u oblicua.

Para aquellos que están familiarizados con el lenguaje de los lógicos (lenguaje sin rival por su brevedad, claridad y precisión), puedo expresar esto con precisión en un respiro: cada uno de los tres términos *significa* la misma noción, pero cada uno *denota* una parte diferente de tal noción, y *connota* el residuo.

Los mandatos son de dos especies. Unos son *leyes o normas*. Los otros no han adquirido un nombre apropiado, y no se ha encontrado en el idioma una expresión que los caracterice breve y precisamente. Debo, por eso, identificarlos como mejor puedo; con el nombre ambiguo e inexpressivo de “mandatos *ocasionales o particulares*”.

Los términos *leyes o normas* han sido frecuentemente usados como sinónimos de “mandatos *ocasionales o particulares*”, y es extremadamente

difícil establecer una línea de separación que sirva para distinguir en todos los casos a los unos de los otros. Pero la distinción entre leyes y mandatos particulares, pienso yo, debe hacerse de la manera siguiente.

Cada mandato obliga a quien está dirigido a hacer o no hacer.

Ahora, cuando obliga *generalmente* a actos u omisiones de una *clase*, un mandato es una ley o norma. Pero cuando obliga a un acto u omisión *específica*, o a actos u omisiones que determina *específica o individualmente*, un mandato es ocasional o particular. En otras palabras, una ley o norma determina una clase o descripción de actos, y actos de esa clase o descripción son prescritos o prohibidos con carácter general. Pero cuando un mandato es ocasional o particular, el acto o los actos que el mandato exige o prohíbe, son fijados o determinados tanto por su naturaleza específica o individual como por la clase o descripción a la que pertenecen.

H. L. A. HART:

El concepto de Derecho *

CAPÍTULO V:

EL DERECHO COMO UNIÓN DE REGLAS PRIMARIAS SECUNDARIAS

2. La idea de obligación

Se recordará que la teoría del derecho como órdenes coercitivas, a pesar de sus errores, partía de la apreciación perfectamente correcta del hecho de que donde hay normas jurídicas la conducta humana se hace en algún sentido no optativa u obligatoria. Al elegir este punto de partida, la teoría estaba bien inspirada, y al construir una nueva explicación del derecho en términos de la interacción de reglas primarias y secundarias, nosotros también partiremos de la misma idea. Sin embargo, es aquí, en este crucial primer paso, donde tenemos más que aprender de los errores de aquella teoría.

Recordemos la situación del asaltante. A ordena a B entregarle el dinero y lo amenaza con disparar sobre él si no cumple. De acuerdo con la teoría de las órdenes coercitivas esta situación ejemplifica el concepto de obligación o deber en general. La obligación jurídica consiste en esta situación a escala mayor; A tiene que ser el soberano, habitualmente obedecido,

* Texto extraído de H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho* (Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1977). Traducción de Genaro R. Carrio.

y las órdenes tienen que ser generales, prescribiendo cursos de conducta y no acciones aisladas. La plausibilidad de pretender que la situación del asaltante despliega el significado de “obligación”, consiste en el hecho de que, ciertamente, es una situación en la que diríamos que B, si obedeció, “se vio obligado” a ello. Sin embargo, es igualmente cierto que no describiríamos adecuadamente la situación si dijéramos, en base a estos hechos, que B. “tenía la obligación” o el “deber” de entregar el dinero. Así, desde el comienzo, resulta claro que necesitamos algo más para comprender la idea de obligación. Hay una diferencia, todavía 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 las creencias y motivos que acompañan a una acción: decir que B se vio obligado a entregar el dinero puede significar simplemente, como ocurre en el caso del asaltante, que él creyó que si no lo hacía sufriría algún daño u otras consecuencias desagradables, y entregó el dinero para evitar dichas consecuencias. En tales casos, la perspectiva de lo que podría sucederle al agente si desobedece hace que algo que en otras circunstancias hubiera preferido hacer (conservar el dinero) resulte una acción menos preferible.

Dos elementos adicionales complican ligeramente la elucidación de la idea de verse obligado a hacer algo. Parece claro que no pensaríamos que B se vio obligado a entregar el dinero si el daño con que se lo amenazó hubiera sido, de acuerdo con la apreciación común, un daño trivial en comparación con las desventajas o consecuencias serias para B o para otros, de acatar las órdenes. Tal sería el caso, por ejemplo, si A simplemente hubiera amenazado a B con pellizcarlo. Tampoco diríamos, quizás, que B se vio obligado, si no había fundamentos razonables para pensar que A. llevarla a la práctica su amenaza de causarle un daño relativamente serio. Sin embargo, aunque en esta noción van implícitas tales referencias a la apreciación común de un daño comparativo y de un cálculo razonable de probabilidad, 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 de un tipo muy diferente y hay numerosos signos de esa diferencia. Así, no sólo ocurre que los hechos acerca de la acción de B y sus creencias y motivos, en el caso del asaltante, aunque suficientes para sustentar la afirmación de que B se vio obligado a entregar su cartera, no son suficientes para sustentar el enunciado de que tenía la obligación de hacerlo. Ocurre también que hechos de este tipo, es decir, hechos acerca de creencias y motivos, *no son necesarios* para la verdad de un enunciado que afirma que una persona tenía la obligación de hacer algo.

Así, el enunciado de que una persona tenía la obligación, por ejemplo, de decir la verdad o de presentarse a cumplir el servicio militar, sigue siendo verdadero aunque esa persona creyera (razonablemente o no) que nunca sería descubierta y que nada tenía qué temer a causa de la desobediencia. Además, mientras que el enunciado de que alguien tenía esa obligación es totalmente independiente del problema de si efectivamente se presentó o no al servicio militar, el enunciado de que alguien se vio obligado a hacer algo lleva normalmente la implicación de que realmente lo hizo.

Algunos teóricos, entre ellos Austin, advirtiendo quizás la general irrelevancia de las creencias, temores y motivos de una persona respecto de la cuestión de si ella tenía obligación de hacer algo, han definido esta noción no en términos de esos hechos subjetivos, sino en términos de la *probabilidad o riesgo* de que la persona que tiene la obligación sufra un castigo o un “mal” a manos de otros en caso de desobediencia. Esto, en efecto, es tratar a los enunciados de obligación no como enunciados psicológicos, sino como predicciones o cálculos del riesgo de recibir un castigo o sufrir un “mal”. A muchos teóricos posteriores esto les ha parecido una revelación, que trae a la tierra una noción esquivada y la reformula en los mismos términos claros, rigurosos y empíricos que se usan en la ciencia. Algunas veces ha sido aceptado, en efecto, como la única alternativa frente a las concepciones metafísicas de la obligación y el deber en tanto que objetos invisibles que existen misteriosamente “por encima” o “por detrás” del mundo de los hechos ordinarios y observables. Pero hay muchas razones para rechazar esta interpretación de los enunciados de obligación como predicciones, y ella no es realmente la única alternativa frente a una metafísica oscura.

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 también una razón o justificación para dichas reacciones y sanciones. En el capítulo IV ya hicimos notar esta indiferencia hacia el aspecto interno de las reglas; en el presente capítulo nos ocuparemos más en detalle de ello.

Hay, empero, una segunda objeción, más simple, a la interpretación predictiva de la obligación. Si fuera verdad que el enunciado de que una persona tenía una obligación, significa que era probable que él sufriera un castigo en caso de desobediencia, sería una contradicción decir que dicha persona tenía una obligación, por ejemplo, la de presentarse a cumplir el servicio militar, pero que debido al hecho de que consiguió huir de la

jurisdicción, o pudo sobornar a la policía o al tribunal, no existe la mínima probabilidad de que sea aprehendido o de que se le aplique un castigo. En realidad no hay contradicción en decir esto, y tales enunciados son frecuentemente formulados y comprendidos.

Es verdad, por supuesto, que en un sistema jurídico normal en el que se sanciona una elevada proporción de transgresiones, un transgresor corre usualmente el riesgo de sufrir el 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. En verdad, la conexión entre estos dos enunciados es de, algún modo más fuerte: por lo menos en un sistema nacional bien puede ocurrir que, a menos que *en general* sea probable, que se apliquen las sanciones a los transgresores, de poco o nada valdría hacer enunciados particulares acerca de las obligaciones de una persona. En este sentido, se puede decir que tales enunciados presuponen la creencia en el funcionamiento normal continuado del sistema de sanciones, del mismo modo que en el fútbol la expresión “saque lateral” presupone, aunque no afirma, que los jugadores, el árbitro y el *linesman* probablemente tomarán las consiguientes medidas. Sin embargo, es crucial para la comprensión de la idea de obligación advertir 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.

Resulta claro que en la situación del asaltante no hay obligación, aunque la idea más simple de verse obligado a hacer algo puede bien ser definida según los elementos allí presentes. Para comprender la idea general de obligación como necesario preliminar para comprenderla en su forma jurídica, debemos volver nuestra mirada a una situación social distinta que, a diferencia de la situación del asaltante, incluye la existencia de reglas sociales; porque esta situación contribuye de dos maneras al significado del enunciado de que una persona tiene una obligación. Primero, la existencia de tales reglas, que hacen de ciertos tipos de comportamiento una pauta o modelo, es el trasfondo normal o el contexto propio, aunque no expreso, de tal enunciado; y, en segundo lugar, la función distintiva de este último es aplicar tal regla general a una persona particular, destacando el hecho de que su caso queda comprendido por ella. Hemos visto ya en el capítulo IV que en la existencia de reglas sociales está de por medio una combinación de conducta regular con una actitud distintiva hacia esa conducta en cuanto pauta o modelo de comportamiento. Hemos visto también las principales formas en que aquéllas difieren de los meros hábitos sociales, y cómo el variado vocabulario normativo (“deber”, “tener que”, etc.)

se usa para destacar o poner de manifiesto la pauta o modelo y las desviaciones respecto del mismo, y para formular las exigencias, críticas o reconocimientos que pueden basarse en él. Dentro de esta clase de términos normativos, las palabras “obligación” y “deber” forman una importante subclase, y llevan consigo ciertas implicaciones que, por lo común, no están presentes en las otras. De aquí que aunque para entender la noción de obligación o deber es ciertamente indispensable captar los elementos que en general diferencian las reglas sociales de los meros hábitos, ello no es de por sí suficiente.

El enunciado de que alguien tiene o está sometido a una obligación implica sin duda alguna la existencia de una regla; sin embargo, no siempre es el caso que cuando existen reglas, la conducta requerida por ellas es concebida en términos de obligación. “Él debía” (“he ought to have”) y “él tenía la obligación” (“he had an obligation to”) no son siempre expresiones intercambiables, aun cuando ambas coinciden en comportar una referencia implícita a pautas o criterios de conducta existentes, o son usadas para extraer conclusiones, en casos particulares, a partir de una regla general. Las reglas de etiqueta, o del habla correcta, son ciertamente reglas: ellas no son meros hábitos convergentes o regularidades de conducta; se las enseña y se hacen esfuerzos para preservarlas; son usadas para criticar nuestra conducta y la conducta ajena mediante el característico vocabulario normativo. “Debes quitarte el sombrero”, “Es incorrecto decir fuistes”. Pero usar, en conexión con reglas de este tipo, las palabras “obligación” o “deber” sería engañoso o equívoco y no simplemente anómalo desde un punto de vista estilístico. Describiría en forma inadecuada una situación social, porque aunque la línea que separa las reglas de obligación de otras reglas es, en ciertos puntos, una línea vaga; sin embargo la razón principal de la distinción es bastante clara.

Se dice y se piensa que una regla impone obligaciones cuando la exigencia general en favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande. Tales reglas pueden ser de origen puramente consuetudinario: puede no haber un sistema centralmente organizado de castigos frente a la transgresión de ellas; la presión social puede únicamente asumir la forma de una reacción crítica u hostil generalmente difundida que no llega a las sanciones físicas. Ella puede limitarse a manifestaciones verbales de desaprobación o a invocaciones al respeto de los individuos hacia la regla violada; puede depender en gran medida de sentimientos tales como vergüenza, remordimiento y culpa. Cuando la presión es del tipo mencionado en último término, podemos sentirnos inclinados a clasificar las reglas como parte de la

moral del grupo social, y la obligación impuesta por ellas como obligación moral. A la inversa, cuando entre las formas de presión las sanciones físicas ocupan un lugar prominente o son usuales, aunque no estén definidas con precisión ni sean administradas por funcionarios, sino que su aplicación queda librada a la comunidad en general, estaremos inclinados a clasificar las reglas como una forma rudimentaria o primitiva de derecho. Podemos, por supuesto, hallar ambos tipos de presión social sería tras lo que es, en un sentido obvio, la misma regla de conducta. A veces esto puede ocurrir sin que haya indicación alguna de que una de ellas es peculiarmente apropiada para ser la forma de presión primaria, y la otra la secundaria; en tales casos la cuestión de si se trata de una regla moral o de una regla jurídica rudimentaria puede no ser susceptible de respuesta. Pero por el momento la posibilidad de trazar la línea entre el derecho y la moral no debe detenernos. Lo que vale la pena destacar es que 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.

Otras dos características de la obligación van naturalmente unidas a esta característica primaria. Las reglas sustentadas por esta presión social sería son reputadas importantes porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se atribuye gran valor. Es típico que reglas tan obviamente esenciales como las que restringen el libre uso de la fuerza sean concebidas en términos de obligación. Así también, las reglas que reclaman honestidad o veracidad, o que exigen que cumplamos con nuestras promesas, o que especifican qué ha de hacer quien desempeña un papel o función distintivos dentro del grupo social, son concebidas en términos de “obligación” o quizás, con más frecuencia, de “deber”. En segundo lugar, se reconoce generalmente que 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.

La imagen de una ligazón que ata a la persona obligada, imagen que la palabra “obligación” lleva en sí, y la noción similar de una deuda, latente en la palabra deber, son explicables en términos de estos tres factores, que distinguen las reglas de obligación o deber de otras reglas. En esta imagen que persigue a buena parte del pensamiento jurídico, la presión social aparece como una cadena que sujeta a aquellos que tienen obligaciones para que no puedan hacer lo que quieren. El otro extremo de la cadena está a veces en

manos del grupo o de sus representantes oficiales, que reclaman el cumplimiento o aplican la pena; a veces es confiado por el grupo a un particular, que puede optar entre exigir o no el cumplimiento, o su valor equivalente. La primera situación tipifica los deberes u obligaciones del derecho penal; la segunda, los del derecho civil, donde concebimos a los particulares como titulares de derechos correlativos a las obligaciones.

Aunque estas imágenes o metáforas sean naturales y, quizás, esclarecedoras, no debemos permitir que se adueñen de nosotros, y nos lleven a una concepción equívoca de la obligación como algo que consiste esencialmente en algún sentimiento de presión o compulsión, experimentado por los obligados. El hecho de que las reglas que las imponen están por lo general sustentadas por una presión social seria, no implica que estar sometido a una obligación establecida por esas reglas es experimentar sentimientos de compulsión o de presión. De aquí que no es contradictorio decir que un cuentero empedernido tenía obligación de pagar el alquiler, pero no se sintió urgido a ello cuando se escapó sin hacerlo. *Sentirse* obligado y tener una obligación son cosas diferentes, aunque con frecuencia concomitantes. Confundirlas sería una manera de desinterpretar, en términos de sentimientos psicológicos, el importante aspecto interno de las reglas que destacamos en el capítulo III.

Este aspecto interno de las reglas es, en verdad, algo a lo que tenemos que referirnos otra vez, antes de rechazar, en forma final, las pretensiones de la teoría predictiva. Porque un sostenedor de esta teoría bien puede preguntarnos por qué, si la presión social es una característica tan importante de las reglas que imponen obligaciones, estamos tan interesados en destacar las insuficiencias de la teoría predictiva, que asigna a esa misma característica un papel central, al definir la obligación en términos de la probabilidad de que el castigo amenazado, o la reacción hostil, subsigan a la desviación respecto de ciertas líneas de conducta. Puede parecer pequeña la diferencia que existe entre el análisis de un enunciado de obligación como la profecía, o el cálculo de probabilidad, de una reacción hostil frente a la conducta irregular, y nuestra tesis de que si bien ese enunciado presupone un trasfondo en el que las conductas irregulares enfrentan generalmente reacciones hostiles, su uso característico, sin embargo, no es predecir esto, sino expresar que el caso de una persona cae bajo tal regla. De hecho, sin embargo, esta diferencia no es pequeña. Por cierto que mientras no se capte su importancia no podremos entender adecuadamente todo el distintivo estilo de pensamiento, discurso y acción humanos que va involucrado en la existencia de reglas y que constituye la estructura normativa de la sociedad.

El siguiente contraste, que se formula también en términos del aspecto “interno” y “externo” de las reglas, puede servir para destacar lo que da a esta distinción su enorme importancia para comprender no sólo el derecho, sino la estructura de cualquier sociedad. Cuando un grupo social tiene ciertas reglas de conducta, este hecho abre la posibilidad de tipos de aserción estrechamente relacionados entre sí, aunque diferentes; porque es posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no las acepta, o como un miembro del grupo que las acepta y que las usa como guías de conducta. Podemos llamar a estos puntos de vista, el “punto de vista externo” y el “interno”, respectivamente. Los enunciados hechos desde el punto de vista externo pueden, a su vez, ser de tipos diferentes. Porque el observador puede, sin aceptar él mismo las reglas, afirmar que el grupo las acepta, y referirse así, desde afuera, a la manera en que ellos ven las reglas desde el punto de vista interno. Pero cualesquiera sean las reglas, sean ellas de juegos, como las del ajedrez o del fútbol, o reglas jurídicas o morales, podemos, si lo preferimos, ocupar la posición de un observador que ni siquiera se refiere de esa manera al punto de vista interno del grupo. Tal observador se satisface simplemente con registrar las regularidades de conducta observables en que parcialmente consiste la conformidad con las reglas, y aquellas regularidades adicionales, en la forma de reacción hostil, reprobaciones, o castigos, que enfrentan a las desviaciones. Después de un tiempo el observador externo puede, sobre la base de las regularidades observadas, correlacionar la desviación con la reacción hostil y predecir con un aceptable grado de acierto, calculando las probabilidades, que una desviación de la conducta normal del grupo dará lugar a la reacción hostil o al castigo. Tal conocimiento no sólo puede revelar mucho acerca del grupo, sino que puede capacitar al espectador para vivir en él libre de las consecuencias desagradables que aguardarían a quien intentara vivir en el grupo sin poseer tal conocimiento.

Sin embargo, si el observador se atiene realmente en forma rígida a este punto de vista externo y no da ninguna explicación de la manera en que los miembros del grupo que aceptan las reglas contemplan su propia conducta regular, su descripción de la vida de éstos no podrá ser, en modo alguno, una descripción en términos de reglas ni, por lo tanto, en términos de las nociones de obligación o deber que son dependientes de la noción de regla. En lugar de ello, su descripción será en términos de regularidades de conducta observables, predicciones, probabilidades y signos. Para tal observador, las desviaciones de un miembro del grupo respecto de la conducta normal serán un signo de que probablemente sobrevendrá una reacción hostil, y nada más. Su visión del problema será como la de aquel que

habiendo observado durante algún tiempo el funcionamiento de una señal de tránsito en una calle de movimiento intenso, se limita a decir que cuando se enciende la luz roja hay una alta probabilidad de que el tránsito se detenga. Él ve en la señal luminosa un simple signo natural *de que* la gente se comportará de cierta manera, tal como las nubes son un *signo de que* lloverá. De esa manera 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 de que los otros se detendrán: los miembros del grupo ven en la luz roja una señal para que ellos se detengan, y, por ello, una razón para detenerse de conformidad con las reglas que hacen que el detenerse cuando se enciende la luz roja sea una pauta o criterio de conducta y una obligación. Mencionar esto es introducir en la explicación la manera en que el grupo contempla su propia conducta. Es referirse al aspecto interno de las reglas, vistas desde el punto de vista interno.

El punto de vista externo puede reproducir muy aproximadamente la manera en que las reglas funcionan en la vida de ciertos miembros del grupo, a saber, aquellos que rechazan sus reglas y únicamente se interesan en ellas porque piensan que la violación desencadenará, probablemente, consecuencias desagradables. Su punto de vista tiene que expresarse diciendo: “Me vi obligado a hacerlo”, “Es probable que me sancionen si...”. “Probablemente Ud. será penado si...”, “Ellos le harán esto si...”. Pero no necesita formas de expresión como “tenía la obligación” o “Ud. tiene la obligación”, porque ellas son únicamente exigidas por quienes ven su conducta y la de otras personas desde el punto de vista interno. Lo que no puede reproducir el punto de vista externo, que se limita a las regularidades observables de conducta, es la manera en que las reglas funcionan como tales en la vida de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad. Estos son los funcionarios, abogados, o particulares que las usan, en situación tras situación, como guías para conducir la vida social, como fundamento para reclamaciones, demandas, reconocimientos, críticas o castigos, esto es, en todas las transacciones familiares de la vida conforme a reglas. Para ellos la violación de una regla no es simplemente una base para la predicción de que sobrevendrá cierta reacción hostil, sino una *razón* para esa hostilidad.

Es probable que la vida de cualquier sociedad que se guía por reglas, jurídicas o no, consiste, en cualquier momento dado, en una tensión entre quienes, por una parte, aceptan las reglas y voluntariamente cooperan en su mantenimiento, y ven por ello su conducta, y la de otras personas, en términos de las reglas, y quienes, por otra parte, rechazan las reglas y las consideran únicamente, desde el punto de vista externo, como signos de un

posible castigo. Una de las dificultades que enfrenta cualquier teoría jurídica ansiosa de hacer justicia a la complejidad de los hechos, es tener en cuenta la presencia de ambos puntos de vista y no decretar, por vía de definición, que uno de ellos no existe. Quizás todas nuestras críticas a la teoría predictiva de la obligación pueden ser resumidas de la mejor manera, diciendo que ella hace precisamente eso con el aspecto interno de las reglas obligatorias.

3. Los elementos del Derecho

Es posible, por supuesto, imaginar una sociedad sin una legislatura, tribunales o funcionarios de ningún tipo. Hay, ciertamente, muchos estudios de comunidades primitivas en los que no sólo se sostiene que esa posibilidad se ha realizado, sino que se describe en detalle la vida de una sociedad donde el único medio de control social es aquella actitud general del grupo hacia sus pautas o criterios de comportamiento, en términos de los cuales hemos caracterizado las reglas de obligación. Una estructura social de este tipo es designada a menudo como una estructura social basada en la “costumbre”; pero no usaremos esta palabra, porque con frecuencia sugiere que las reglas consuetudinarias son muy antiguas y están apoyadas en una presión social menor que la que sustenta a otras reglas. Para evitar estas implicaciones, nos referiremos a tal estructura social como una estructura de reglas primarias de obligación. Para que una sociedad pueda vivir únicamente con tales reglas primarias, hay ciertas condiciones que, concediendo algunas pocas verdades trilladas relativas a la naturaleza humana y al mundo en que vivimos, tienen que estar claramente satisfechas. La primera de estas condiciones es que las reglas tienen que restringir, de alguna manera, el libre uso de la violencia, el robo y el engaño, en cuanto acciones que los seres humanos se sienten tentados a realizar, pero que tienen, en general, que reprimir para poder coexistir en proximidad cercana los unos con los otros. De hecho tales reglas siempre aparecen en las sociedades primitivas que conocemos, junto con una variedad de otras reglas que imponen a los individuos deberes positivos diversos, como cumplir ciertos servicios o hacer contribuciones a la vida común. En segundo lugar, aunque tal sociedad puede exhibir la tensión, ya descrita, entre los que aceptan las reglas y los que las rechazan excepto cuando el miedo de la presión social los induce a conformarse con ellas, es obvio que el último grupo no puede ser más que una minoría, para que pueda sobrevivir una sociedad de personas que tienen aproximadamente la misma fuerza física, organizada con tan poca cohesión.

Porque de otra manera, quienes rechazan las reglas encontrarían muy poca presión social que temer. Esto también está confirmado por lo que sabemos de las comunidades primitivas en las que, aunque hay disidentes y malhechores, la mayoría vive de acuerdo con las reglas vistas desde el punto de vista interno.

Más importante para nuestro propósito actual es la consideración siguiente. Es obvio que sólo una pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común, y creencias, y ubicada en un ambiente o circunstancia estable, puede vivir con buen resultado según tal régimen de reglas no oficiales. En cualesquiera otras condiciones, una forma tan simple de control social resultará defectuosa y requerirá diversas formas de complementación. En primer lugar, las reglas que el grupo observa no formarán un sistema, sino que serán simplemente un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna marca común identificatoria, excepto, por supuesto, que ellas son las reglas que un grupo particular de seres humanos acepta. A este respecto, se parecerán a nuestras reglas de etiqueta. Por ello, si surgen dudas sobre cuáles son las reglas, o sobre el alcance preciso de una regla determinada, no habrá procedimiento alguno para solucionar esas dudas, ya sea mediante referencia a un texto con autoridad o a la opinión de un funcionario cuyas declaraciones sobre el punto estén revestidas de ella. Porque, obviamente, tal procedimiento y el reconocimiento del texto o personas con autoridad implican la existencia de reglas de un tipo diferente a las de obligación o deber que, *ex hypothesi*, son todas las reglas que el grupo tiene. Podemos llamar a este defecto de la estructura social simple de reglas primarias su *falta de certeza*.

Un 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, mediante el cual líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos se transforman primero en habituales o usuales, y luego en obligatorios; y el inverso proceso de declinación, cuando las desviaciones, tratadas al principio con severidad, son luego toleradas y más tarde pasan inadvertidas. En tal sociedad no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas; porque, también aquí, la posibilidad de hacer esto presupone la existencia de reglas de un tipo diferente a las reglas primarias de obligación, que son las únicas que rigen la vida de esta sociedad. En un caso extremo, las reglas pueden ser estáticas en un sentido más drástico. Aunque esto quizás no ha ocurrido en forma total en ninguna comunidad, merece ser considerado porque el remedio para ello es algo muy caracterís-

tico del derecho. En este caso extremo no sólo no habría manera de cambiar deliberadamente las reglas generales, sino que las obligaciones que ellas imponen en los casos particulares no podrían ser variadas o modificadas por la elección deliberada de ningún individuo. Todo individuo tendría simplemente obligaciones o deberes fijos de hacer algo o de abstenerse de hacerlo. Es cierto que a menudo podría ocurrir que otros se beneficiaran con el cumplimiento de esas obligaciones; pero si sólo hay reglas primarias de obligación, los últimos no tendrían la potestad de liberar del cumplimiento a los obligados, ni la de transferir a terceros los beneficios que de tal cumplimiento derivarían. Porque tales actos de liberación o de transferencia crean cambios en las posiciones iniciales de los individuos, determinadas por las reglas primarias de obligación, y para que esos actos sean posibles tiene que haber reglas de un tipo diferente al de éstas.

El tercer defecto de esta forma simple de vida comunitaria es la ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas. Siempre habrá discusiones sobre si una regla admitida ha sido o no violada y, salvo en las sociedades más pequeñas, tales disputas continuarán indefinidamente si no existe un órgano especial con facultades para determinar en forma definitiva, y con autoridad, el hecho de la violación. La ausencia de tales determinaciones definitivas dotadas de autoridad no debe ser confundida con otra debilidad asociada a ella. Me refiero al hecho de que los castigos por la violación de las reglas, y otras formas de presión social que implican esfuerzo físico o el uso de la fuerza, no son administrados por un órgano especial, sino que su aplicación está librada a los individuos afectados o al grupo en su conjunto. Es obvio que la pérdida de tiempo que significan los esfuerzos del grupo no organizado para apresar y castigar a los transgresores, y las encarnizadas vendettas que pueden resultar de la justicia por mano propia en ausencia de un monopolio oficial de “sanciones”, pueden ser inconvenientes serios. La historia del derecho sugiere fuertemente, sin embargo, que la falta de órganos oficiales para determinar con autoridad el hecho de la violación de las reglas es un defecto mucho más serio, porque muchas sociedades procuran remedios para este defecto mucho antes que para el otro.

El remedio para cada uno de estos tres defectos principales de esta forma más simple de estructura social 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; pues cada remedio trae consigo muchos elementos que caracterizan al derecho: ciertamente los tres remedios en conjunto son suficientes para convertir el régimen de

reglas primarias en algo que es indiscutiblemente un sistema jurídico. Consideraremos uno a uno estos remedios y mostraremos por qué el derecho puede ser caracterizado en la forma más esclarecedora como una unión de reglas primarias de obligación con esas reglas secundarias. Antes de hacer esto, sin embargo, debemos subrayar los siguientes puntos generales. Si bien los remedios consisten en la introducción de reglas que por cierto son distintas entre sí, como lo son de las reglas primarias que complementan, ellas tienen importantes características en común y están conectadas de diversas maneras. Se puede decir que ellas se encuentran en un nivel distinto que las reglas primarias porque son *acerca* de éstas; en otros términos, mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que 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 en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible.

La forma más simple de remedio para la *falta de certeza* del régimen de reglas primarias es la introducción de lo que llamaremos una “regla de reconocimiento” (“*rule of recognition*”). Esta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce. La existencia de tal regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas. Como ocurre en el derecho primitivo de muchas sociedades, ella puede consistir simplemente en que en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de las reglas, dotado de autoridad. No hay duda de que como cuestión histórica este paso del mundo prejurídico al jurídico puede ser cumplido en etapas distinguibles, la primera de las cuales es la mera reducción a escritura de las reglas hasta ese momento no escritas. Este no es en sí el paso crucial, aunque es muy importante. Lo que es crucial es el reconocimiento de la referencia a la escritura o inscripción como *revestida de autoridad*, es decir, como la forma propia de resolver las dudas acerca de la existencia de la regla. Donde hay ese reconocimiento hay una forma muy simple de regla secundaria: una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación.

En un sistema jurídico desarrollado, las reglas de reconocimiento son, por supuesto, más complejas; en lugar de identificar las reglas exclusivamente por referencia a un texto o lista, ellas lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias. Esta puede ser el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, o su larga

vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales. Además, cuando más de una de tales características generales son consideradas como criterios de identificación, pueden establecerse normas para su posible conflicto estructurándolas en un orden de superioridad, como ocurre, por ejemplo, con la usual subordinación de la costumbre o del precedente a la ley, que es considerada una “fuente superior” de derecho. Tal complejidad puede hacer que las reglas de reconocimiento en un sistema jurídico moderno parezcan muy diferentes de la simple aceptación de un texto revestido de autoridad. Sin embargo, aún en esta forma más simple, tal regla trae consigo muchos elementos distintivos del Derecho. Al proporcionar una marca o signo con autoridad introduce, aunque en forma embrionaria, la idea de un sistema jurídico. Porque las reglas no son ya un conjunto discreto inconexo, sino que, de una manera simple, están unificadas. Además, en la operación simple de identificar una regla dada como poseedora de la característica exigida de pertenecer a una lista de reglas a la que se atribuye autoridad, tenemos el germen de la idea de validez jurídica.

El remedio para la cualidad *estática* del régimen de reglas primarias consiste en la introducción de lo que llamaremos “reglas de cambio”. La forma más simple de tal regla es aquella que 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 él, y a dejar sin efecto las reglas anteriores. Como hemos sostenido ya en el Capítulo IV, es en términos de tal regla, y no en términos de las órdenes respaldadas por amenazas, que han de ser entendidas las ideas de creación y derogación de normas jurídicas por vía legislativa. Tales reglas de cambio pueden ser muy simples o muy complejas; las potestades conferidas pueden ser ilimitadas o limitadas de diversas maneras; y las reglas, además de especificar las personas que han de legislar, pueden definir en forma más o menos rígida el procedimiento a ser seguido en la legislación. Obviamente habrá una conexión muy estrecha entre las reglas de cambio y las de reconocimiento: porque donde existen las primeras, las últimas necesariamente incorporarán una referencia a la legislación como característica identificatoria de las reglas, aunque no es menester que mencionen todos los detalles del procedimiento legislativo. Por lo común, las reglas de reconocimiento considerarán que un certificado oficial, o una copia oficial, bastan para acreditar que se ha cumplido con el procedimiento establecido. Por supuesto que si la estructura social es tan simple que la única “fuente de derecho” es la legislación, la regla de reconocimiento se limitará a especificar que la sanción legislativa es la única marca o señal

identificatoria, o criterio de validez, de las reglas. Tal sería el caso, por ejemplo, en el imaginario reino de Rex I aludido en el Capítulo IV: allí la regla de reconocimiento diría simplemente que cualquier cosa que Rex I sancione es derecho.

Ya hemos descrito con algún detalle las reglas que confieren potestad a los individuos para variar las posiciones iniciales que les asignan las reglas primarias. Sin tales reglas que confieren potestades privadas, la sociedad carecería de algunas de las principales facilidades que el derecho le acuerda. Porque los actos que tales reglas hacen posibles son el otorgamiento de testamentos, la celebración de contratos, y muchas otras estructuras de derechos y deberes, creadas voluntariamente, que tipifican la vida bajo el derecho, aunque por supuesto también subyace una forma elemental de reglas que confieren potestad bajo la institución moral de la promesa. El parentesco entre estas reglas y las reglas de cambio que están en juego en la noción de legislación es claro, y tal como lo ha mostrado una teoría tan reciente como la de Kelsen, muchas de las características que nos desconciertan en las instituciones del contrato o de la propiedad resultan clarificadas concibiendo los actos de celebrar un contrato, o de transferir una propiedad, como el ejercicio por parte de los individuos de potestades legislativas limitadas.

El tercer complemento del régimen simple de reglas primarias, usado para remediar la insuficiencia de la presión social difusa que aquél ejerce, consiste en reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria. La forma mínima de adjudicación consiste en tales determinaciones, y llamaremos a las reglas secundarias que confieren potestad de hacerlas “reglas de adjudicación”. Además de identificar a los individuos que pueden juzgar, tales reglas definen también el procedimiento a seguir. Al igual que las otras reglas secundarias, están en un nivel diferente respecto de las reglas primarias: aunque pueden ser reforzadas mediante reglas que imponen a los jueces el deber de juzgar, ellas no imponen deberes sino que confieren potestades jurisdiccionales y acuerdan un *status* especial a las declaraciones judiciales relativas a la transgresión de obligaciones. Estas reglas, como las otras reglas secundarias, definen un grupo de importantes conceptos jurídicos: en este caso, los conceptos de juez o tribunal, jurisdicción y sentencia. Además de estas semejanzas con las otras reglas secundarias, las reglas de adjudicación tienen conexiones íntimas con ellas. En verdad, un sistema que tiene reglas de adjudicación está también necesariamente comprometido a una regla de reconocimiento de tipo elemental e imperfecto. Esto es así porque, si los tribunales están

facultados para hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de que una regla ha sido transgredida, no puede evitarse que ellas sean consideradas como determinaciones revestidas de autoridad acerca de cuáles son las reglas. Así, la regla que confiere jurisdicción es también una regla de reconocimiento que identifica a las reglas primarias a través de las decisiones de los tribunales, y estas decisiones se convierten en una “fuente” de derecho. Es verdad que esta forma de regla de reconocimiento, inseparable de la forma mínima de jurisdicción, será muy imperfecta. A diferencia de un texto con autoridad o de un libro de leyes, las sentencias no pueden ser formuladas en términos generales y su uso como guías que señalan cuáles son las reglas depende de una inferencia de algún modo frágil, hecha a partir de decisiones particulares, y el grado de certeza que ella proporciona tiene que fluctuar en función de la habilidad del intérprete y de la consistencia de los jueces.

Casi es innecesario agregar que en pocos sistemas jurídicos las potestades judiciales están limitadas a la determinación del hecho de la violación de las reglas primarias. La mayor parte de los sistemas, después de algún tiempo, han advertido las ventajas de una centralización adicional de la presión social; y han prohibido parcialmente el uso de castigos físicos o de autoayuda violenta por los particulares. En lugar de ello, han complementado las reglas primarias de obligación mediante reglas secundarias adicionales que especifican, o por lo menos limitan, los castigos por la transgresión de aquéllas, y han conferido a los jueces que verifican el hecho de la violación el poder exclusivo de disponer la aplicación de penas por otros funcionarios. Estas reglas secundarias proveen a las sanciones centralizadas oficiales del sistema.

Si recapitulamos y consideramos la estructura que ha resultado de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política.

Los conceptos específicamente jurídicos, que interesan profesionalmente al jurista, tales como los de obligación, derecho subjetivo, validez, fuentes del derecho, legislación y jurisdicción, y sanción, son elucidados mejor en términos de esta combinación de elementos. Pero además de ello, los conceptos que se encuentran en la intersección de la teoría del derecho con la teoría política, tales como los de Estado, autoridad y funcionario, exigen un análisis similar para que la oscuridad que todavía los rodea se

disipe. No es difícil hallar la razón por la que un análisis en términos de reglas primarias y secundarias tiene este poder explicatorio. Muchas de las oscuridades y distorsiones que rodean a los conceptos jurídicos y políticos surgen del hecho de que éstos implican esencialmente una referencia a lo que hemos llamado el punto de vista interno: el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se adecua a las reglas, sino que usan las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los demás. Esto requiere una atención más detallada en el análisis de los conceptos jurídicos y políticos que la que usualmente éstos han recibido. Bajo el régimen simple de las reglas primarias, el punto de vista interno se manifiesta, en su forma más sencilla, en el uso de aquellas reglas como fundamento para la crítica, y como justificación de las exigencias de conformidad, presión social y castigo. El análisis de los conceptos básicos de obligación y deber reclama una referencia a estas manifestaciones más elementales del punto de vista interno. Con el agregado de las reglas secundarias, el campo de lo que se hace y dice desde el punto de vista interno se extiende y diversifica mucho. Con esta extensión aparece todo un conjunto de nuevos conceptos, cuyo análisis reclama una referencia al punto de vista interno. Entre ellos se encuentran las nociones de jurisdicción, legislación, validez, y, en general, de potestades jurídicas, privadas y públicas. Hay una constante inclinación a analizar estos conceptos en los términos del discurso ordinario o científico, que enuncia hechos, o del discurso predictivo. Pero esto sólo puede reproducir su aspecto externo; para hacer justicia a su aspecto distintivo o interno necesitamos ver las diferentes maneras en que los actos de creación jurídica del legislador, la adjudicación de un tribunal, el ejercicio de potestades privadas u oficiales, y otros “actos jurídicos”, están relacionados con las reglas secundarias.

[...] Las ideas de validez del derecho y de fuentes del derecho, y las verdades latentes entre los errores de las doctrinas del soberano, pueden ser reformuladas y clasificadas en términos de reglas de reconocimiento*. Pero concluiremos este capítulo con una advertencia: 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 sí iluminar todos los problemas. La unión de reglas primarias y secundarias está en el centro de un sistema jurídico; pero no es el todo y a medida que nos alejamos del centro tenemos que ubicar, en las formas que indicaremos en capítulos posteriores, elementos de carácter diferente.

* Hart desarrolla este tema en el capítulo VI de *El concepto de Derecho*.

RONALD DWORKIN:
Los derechos en serio*

EL MODELO DE LAS NORMAS (I)

3. Normas, principios y directrices políticas

Me propongo llevar un ataque general contra el positivismo y, cuando sea necesario dirigirlo contra un blanco en particular, usaré como tal la versión de H. L. A. Hart. Mi estrategia se organizará en torno al hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. Argumentaré que el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas.

Acabo de hablar de “principios, directrices políticas y otros tipos de pautas”. En la mayoría de los casos usaré el término “principio” en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas. Aunque ningún punto de mi presente argumentación dependerá de tal distinción, quiero enunciar cómo la establezco. Llamo “directriz” o “directriz política” al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio. La distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social (a saber, el objetivo de una

* Texto extraído de R. Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona Ariel, 1984). Traducción de M. Guastavino.

sociedad en la que nadie se beneficie de su propia injusticia), o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (esto es, el principio de que el objetivo que defiende la directriz es valioso) o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número). En algunos contextos, la distinción tiene una utilidad que se pierde si se deja esfumar de esta manera.

Mi propósito inmediato, sin embargo, es distinguir los principios —en el sentido genérico— de las normas, y empezaré por reunir algunos ejemplos de los primeros. Los ejemplos que ofrezco son escogidos al azar; casi cualquier caso tomado de los archivos de una facultad de derecho proporcionaría ejemplos igualmente útiles. En 1889 un tribunal de Nueva York tuvo que decidir, en el famoso caso de *Riggs v. Palmer*, si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento aunque para hacerlo hubiera asesinado al abuelo. El razonamiento del tribunal empezaba por advertir que: “Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino”. Pero el tribunal continuaba señalando que “todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen”. El asesino no recibió su herencia.

En 1960 un tribunal de Nueva Jersey se vio enfrentado, en el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, con la importante cuestión de si un fabricante de automóviles puede (o hasta qué punto) limitar su responsabilidad en caso de que el coche sea defectuoso. Henningsen había comprado un coche y firmado un contrato donde se decía que la responsabilidad del fabricante por los defectos se limitaba a “reparar” las partes defectuosas, “garantía esta que expresamente reemplaza a cualesquiera otras garantías, obligaciones o responsabilidades”. Henningsen argumentaba que, por lo menos en las circunstancias de su caso, el fabricante no debía quedar protegido por esa limitación y debía hacerse responsable de los gastos médicos y de otro orden de las personas heridas en un accidente. No pudo aportar ninguna ley ni ninguna norma jurídica establecida que impidiera al fabricante ampararse en el contrato. El tribunal, sin embargo, estuvo de acuerdo con Henningsen. En diversos momentos de su argumentación, los jueces

van apelando a los siguientes principios: a) “Debemos tener presente el principio general de que, en ausencia de fraude, quien no opta por leer un contrato antes de firmarlo no puede luego evadir sus consecuencias.”; b) “En la aplicación de este principio, es un factor de importancia el dogma básico de la libertad de contratación de las partes competentes.”; c) “La libertad de contratación no es una doctrina tan inmutable como para no admitir restricción alguna en el ámbito que nos concierne.”; d) “En una sociedad como la nuestra, donde el automóvil es un instrumento común y necesario de la vida cotidiana, y donde su uso está tan lleno de peligros para el conductor, los pasajeros y el público, el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches. Por consiguiente, los tribunales deben examinar minuciosamente los acuerdos de compra para ver si los intereses del consumidor y del público han sido equitativamente tratados.”; e) “¿Hay algún principio que sea más familiar o esté más firmemente integrado en la historia del derecho anglonorteamericano que la doctrina básica de que los tribunales no se dejarán usar como instrumentos de desigualdad e injusticia?”; f) “Más específicamente, los tribunales se niegan generalmente a prestarse a la imposición de un ‘pacto’ en que una de las partes se ha aprovechado injustamente de las necesidades económicas de la otra...”

Los principios que se establecen en estas citas no son del tipo que consideramos como normas jurídicas. Parecen muy diferentes de proposiciones como “La velocidad máxima permitida por la ley en la autopista es de cien kilómetros por hora” o “Un testamento no es válido a menos que esté firmado por tres testigos”. Son diferentes porque son principios jurídicos más bien que normas jurídicas.

La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.

La forma disyuntiva se puede ver con toda claridad si consideramos de qué manera funcionan las reglas, no en el derecho, sino en alguna actividad dominada por ellas, como puede ser un deporte. En el béisbol, una regla establece que si el *batter* o bateador no contesta tres lanzamientos, queda fuera del juego. No es coherente reconocer que ésta es una enunciación correcta de una de las reglas del béisbol y decidir que un bateador que

no contesta tres lanzamientos no queda fuera del juego. Por cierto que una regla puede tener excepciones (el *batter* que ha fallado tres lanzamientos no está *out* si el *catcher* ha dejado caer el tercero). Sin embargo, un enunciado preciso de la regla tendría en cuenta esta excepción, y cualquier enunciado que no lo hiciera sería incompleto. Si la lista de excepciones es muy grande, sería demasiado incómodo repetirlas cada vez que se cita la regla; en teoría, sin embargo, no hay razón por la cual no se las pueda agregar a todas: y, cuantas más haya, tanto más preciso es el enunciado de la regla.

Si tomamos como modelo las reglas del béisbol, veremos que las normas de derecho, como la que establece que un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos, se adecuan bien al modelo. Si la exigencia de los tres testigos es una norma jurídica válida, entonces no puede ser válido un testamento que haya sido firmado solamente por dos testigos. La norma puede tener excepciones, pero si las tiene es inexacto e incompleto enunciarla de manera tan simple, sin enumerar las excepciones. En teoría, por lo menos, se podría hacer una lista de todas las excepciones, y cuantas más haya, más completo será el enunciado de la norma.

Pero no es así como operan los principios mostrados anteriormente. Ni siquiera los que más se asemejan a normas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Decimos que nuestro derecho respeta el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito, pero no queremos decir con ello que la ley nunca permite que un hombre se beneficie de las injusticias que comete. De hecho, es frecuente que la gente se beneficie, de manera perfectamente legal, de sus injusticias. El caso más notorio es el de la usucapión; si penetro reiteradamente en predio ajeno, algún día tendré el derecho de atravesarlo siempre que quiera. Hay muchos ejemplos menos espectaculares. Si un hombre deja un trabajo por otro mucho mejor pagado, y para hacerlo incumple un contrato, es posible que tenga que indemnizar por daños y perjuicios a su primer patrono, pero por lo común tiene derecho a conservar su nuevo salario. Si alguien quebranta la libertad bajo fianza para ir a hacer una inversión provechosa atravesando los límites estatales (en los Estados Unidos), es posible que lo envíen de vuelta a la cárcel, pero seguirá obteniendo los beneficios.

No consideramos que estos ejemplos en contrario —y otros, innumerables, que son fáciles de imaginar— demuestren que el principio de no beneficiarse de las propias injusticias no sea un principio de nuestro sistema jurídico, ni que sea incompleto y necesite de excepciones que lo limiten. No tratamos estos ejemplos como excepciones (por lo menos, no en el sentido en que es una excepción el hecho de que un *catcher* deje caer el tercer

lanzamiento), porque no podemos esperar que los ejemplos en contrario queden simplemente incluidos en un enunciado más extenso del principio. No están, ni siquiera en teoría, sujetos a enumeración, porque tendríamos que incluir no solamente aquellos casos, como la usucapión, en que alguna institución ha previsto ya que se pueda obtener beneficio mediante una injusticia, sino también los innumerables casos imaginarios en que sabemos por anticipado que el principio no sería válido. La enumeración de algunos de ellos podría agudizar nuestra percepción del peso del principio (una dimensión sobre la que volveré en breve), pero no nos proporciona un enunciado más completo ni más exacto del mismo.

Un principio como “Nadie puede beneficiarse de su propio delito” no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular. Si un hombre tiene algo o está a punto de recibirlo, como resultado directo de algo ilegal que hizo para conseguirlo, ésa es una razón que la ley tendrá en cuenta para decidir si debe o no conservarlo. Puede haber otros principios o directrices que apunten en dirección contraria; por ejemplo, una directriz de aseguramiento de derechos o un principio que limite la pena a lo estipulado por la legislación. En tal caso, es posible que nuestro principio no prevalezca, pero ello no significa que no sea un principio de nuestro sistema jurídico, porque en el caso siguiente, cuando tales consideraciones contrarias no existan o no tengan el mismo peso, el principio puede ser decisivo. Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido.

La distinción lógica entre normas y principios aparece con más claridad cuando consideramos aquellos principios que ni siquiera parecen normas. Considérese la proposición, enunciada como punto “d)” en los extractos tomados del caso Henningsen, de que “el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches”. Este enunciado no intenta siquiera definir los deberes específicos que tal obligación especial lleva consigo, ni decirnos qué derechos adquieren, como resultado, los consumidores de automóviles. Se limita a enunciar —y éste es un eslabón esencial en la argumentación del caso Henningsen— que los fabricantes de automóviles han de atenerse a estándares más elevados que otros fabricantes, y que tienen menos derecho a confiar en el principio concurrente de la libertad de contratación. No significa que jamás puedan confiar en dicho principio, ni que los tribunales

puedan rehacer a voluntad los contratos de compraventa de automóviles; sólo quiere decir que si una determinada cláusula parece injusta u onerosa, los tribunales tienen menos razón para hacerla valer que si se tratara de una compra de corbatas. La “obligación especial” tiende a favorecer una decisión que se niegue a imponer los términos de un contrato de compraventa de automóviles, pero por sí misma no la determina.

Esta primera diferencia entre normas y principios trae consigo otra. Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene.

Las normas no tienen esta dimensión. Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son funcionalmente importantes (la regla de béisbol de que tres lanzamientos fallados significan la exclusión es más importante que la regla de que los corredores pueden avanzar sobre una base, porque la alteración de la primera regla modificaría mucho más el juego que la de la segunda). En este sentido, una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso.

Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas. Un sistema jurídico podría regular tales conflictos mediante otras normas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior, o la más especial o algo similar. Un sistema jurídico también puede preferir la norma fundada en los principios más importantes. (Nuestro propio sistema jurídico se vale de ambas técnicas.)

La forma de un estándar no siempre deja en claro si se trata de una norma o de un principio. “Un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos” no es una proposición muy diferente, en la forma, de “Un hombre no puede beneficiarse de su propio delito”, pero quien sepa algo del

derecho norteamericano sabe que debe tomar el primero de estos enunciados como la expresión de una norma, y el segundo como la de un principio. En muchos casos, la distinción es difícil de hacer; tal vez no se haya establecido cómo debe operar el estándar, y este problema puede ser en sí mismo motivo de controversia. La primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos estipula que el Congreso no ha de limitar la libertad de expresión. ¿Se trata de una norma, de modo que si una ley determinada limita de hecho la libertad de expresión de ello se siga que es inconstitucional? Los que sostienen que la primera enmienda es “absoluta” dicen que se la debe tomar en este sentido, es decir, como una norma. ¿O se limita a enunciar un principio, de modo que cuando se descubre que hay limitación de la libertad de expresión esto es inconstitucional a menos que el contexto aporte algún otro principio u otra directriz política que, dadas las circunstancias, tenga el peso suficiente para permitir que se lo limite? Tal es la posición de los que defienden lo que se denomina la prueba del “riesgo actual e inminente” o alguna otra forma de “equilibrio”.

En ocasiones, una norma y un principio pueden desempeñar papeles muy semejantes, y la diferencia entre ambos es casi exclusivamente cuestión de forma. La primera sección de la Sherman Act enuncia que todo contrato que restrinja el comercio será nulo. La Suprema Corte tuvo que decidir si esa disposición debía ser tratada como una norma en sus propios términos (que anula todo contrato que “restringe el comercio”, cosa que hacen casi todos) o como un principio, que proporciona una razón para anular un contrato a falta de directrices efectivas en contrario. La Corte interpretó la disposición como una norma, pero trató esa norma teniendo en cuenta que contenía la palabra “irrazonable” y considerando que prohibía solamente las restricciones “irrazonables” del comercio. Esto permitió que la disposición funcionara lógicamente como una norma (toda vez que un tribunal encuentra que la restricción es “irrazonable” está obligado a declarar que el contrato no es válido) y sustancialmente como un principio (un tribunal debe tener en cuenta multitud de otros principios y directrices para determinar si una restricción en particular, en determinadas circunstancias económicas, es “irrazonable”).

Con frecuencia, palabras como “razonable”, “negligente”, “injusto” y “significativo” cumplen precisamente esta función. Cada uno de esos términos hace que la aplicación de la norma que lo contiene dependa, hasta cierto punto, de principios o directrices que trascienden la norma, y de tal manera hace que ésta se asemeje más a un principio. Pero no la convierten totalmente en un principio, porque incluso el menos restrictivo de esos términos limita el *tipo* de los otros principios y directrices de los cuales

depende la norma. Si estamos condicionados por una norma que dice que los contratos “irrazonables” son nulos o que no se ha de imponer el cumplimiento de contratos manifiestamente “injustos”, esto exige [ejercer] mucho más [el] juicio que si los términos citados hubieran sido omitidos. Pero supongamos un caso en el cual alguna consideración, sea una directriz o un principio, haga pensar que se ha de imponer el cumplimiento de un contrato por más que su restricción no sea razonable, o aun cuando sea manifiestamente injusta. El cumplimiento forzado de tales contratos estaría prohibido por nuestras normas, y, por ende, sólo estaría permitido si se les abandonara o modificara. Sin embargo, si no nos viéramos frente a una norma sino ante una directriz que se opone al cumplimiento impuesto de los contratos irrazonables, o con un principio según el cual no deben aplicarse contratos injustos, su cumplimiento podría ser impuesto sin que implicara una infracción del derecho.

4. Los principios y el concepto de Derecho

Una vez que identificamos los principios jurídicos como una clase de estándares aparte, diferente de las normas jurídicas, comprobamos de pronto que estamos completamente rodeados de ellos. Los profesores de derecho los enseñan, los textos los citan, los historiadores del derecho los celebran. Pero donde parecen funcionar con el máximo de fuerza y tener el mayor peso es en los casos difíciles, como el de *Riggs* y el de *Henningsen*. En casos así, los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas. Una vez decidido el caso, podemos decir que el fallo crea una norma determinada (por ejemplo, la norma de que el asesino no puede ser beneficiario del testamento de su víctima). Pero la norma no existe antes de que el caso haya sido decidido; el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva. En el caso *Riggs*, el tribunal citó el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito como estándar básico con arreglo al cual debía entenderse la ley testamentaria, y así justificó una nueva interpretación de dicha ley. En el caso *Henningsen*, el tribunal citó diversos principios y directrices que se interferían, como autoridad sobre la cual fundar una nueva norma referente a la responsabilidad de los fabricantes por los defectos de los automóviles.

Por consiguiente, un análisis del concepto de obligación jurídica debe dar razón del importante papel de los principios cuando se trata de llegar a determinadas decisiones jurídicas. Hay dos puntos de vista muy diferentes que podemos tomar:

a) Podríamos tratar los principios jurídicos tal como tratamos las normas jurídicas, y decir que algunos principios son obligatorios como derecho y que han de ser tenidos en cuenta por los jueces y juristas que toman decisiones de obligatoriedad jurídica. Si adoptamos este punto de vista, debemos decir que en los Estados Unidos, por lo menos, el “derecho” incluye tanto principios como normas.

b) Podríamos, por otra parte, negar que los principios puedan ser obligatorios de la misma manera que lo son algunas normas. Diríamos en cambio que, en casos como el de *Riggs* o el de *Henningsen*, el juez va más allá de las normas que está obligado a aplicar (es decir, va más allá del “derecho”), en busca de principios extra-jurídicos que es libre de seguir si lo desea.

Se podría pensar que no hay mucha diferencia entre estos dos enfoques, que no se trata más que de una cuestión verbal, según como se quiera usar la palabra “derecho”. Pero eso sería un error, porque la elección entre ambos puntos de vista es de la mayor importancia para un análisis de la obligación jurídica. Es una opción entre dos *conceptos* de un principio jurídico, una opción que podemos esclarecer si la comparamos con la elección que podríamos hacer entre dos conceptos de una norma jurídica. A veces decimos que alguien “tiene por norma” hacer algo, cuando nos referimos a que ha decidido seguir cierta práctica. Podríamos decir, por ejemplo, que alguien tiene por norma correr un par de kilómetros antes del desayuno porque quiere conservar la salud y tiene fe en un régimen de vida. No queremos decir con ello que esté obligado por la norma que él mismo se dicta, ni siquiera que él mismo la considere como obligatoria. Aceptar una norma como obligatoria es diferente de tomar por norma o costumbre hacer algo. Si volvemos a usar el ejemplo de Hart, es diferente decir que los ingleses tienen por costumbre ir al cine una vez por semana y decir que los ingleses tienen por norma que se debe ir al cine una vez por semana. La segunda formulación da a entender que si un inglés no sigue la norma, se ve sujeto a críticas o censuras, pero la primera no. La primera no excluye la posibilidad de una *especie* de crítica —podemos decir que quien no va al cine descuida su educación—, pero con eso no se sugiere que el sujeto en cuestión esté haciendo algo malo, *simplemente* porque no sigue la norma.

Si pensamos en los jueces de una comunidad, podríamos describir las normas jurídicas que sigue este grupo de dos maneras diferentes. Podríamos decir, por ejemplo, que en cierta situación los jueces acostumbran a no imponer el cumplimiento de un testamento a menos que esté firmado por tres testigos. Esto no implicaría que el juez-excepcional que impusiera el cumplimiento de un testamento que no estuviera firmado por tres testigos

estuviera haciendo nada malo por esa simple razón. Por otra parte, podemos decir que en ese estado una norma jurídica exige que los jueces no impongan el cumplimiento de tales testamentos; ello implica que un juez que lo imponga está actuando incorrectamente. Por supuesto que Hart, Austin y otros positivistas insistirían en este último punto de vista respecto de las normas jurídicas; no se quedarían para nada satisfechos con el punto de vista del “tomar por norma o costumbre”. Y no es una cuestión verbal, de qué punto de vista es el correcto; es cuestión de cuál de ellos describe con más precisión la situación social. Otros problemas importantes dependen de cuál sea la descripción que aceptemos. Si los jueces simplemente “tienen por costumbre” no imponer el cumplimiento de ciertos contratos, por ejemplo, entonces no podemos decir, antes de la decisión, que nadie “tenga derecho” a ese resultado, y esa proposición no puede integrar ninguna justificación que pudiéramos ofrecer para la decisión.

Las dos maneras de enfocar los principios corren paralelas con estos dos puntos de vista respecto de las reglas. El primer punto de vista trata los principios como vinculantes para los jueces, de modo que éstos hacen mal en no aplicar los principios cuando vienen al caso. El segundo punto de vista trata los principios como resúmenes de lo que la mayoría de los jueces hacen “por principio” [o “se hacen el principio de hacer”] cuando se ven obligados a ir más allá de las normas que los obligan. La elección entre estos enfoques afectará —y hasta es posible que determine— la respuesta que podamos dar a la cuestión de si el juez, en un caso difícil como el de *Riggs* o el de *Henningsen*, intenta imponer el cumplimiento de derechos y deberes preexistentes. Si adoptamos el primer enfoque, aún estamos en libertad de argumentar que, como esos jueces están aplicando normas jurídicas obligatorias, lo que hacen es imponer el cumplimiento de derechos y deberes jurídicos. Pero si adoptamos el segundo, el argumento es inaceptable, y debemos reconocer que el asesino en el caso *Riggs* y el fabricante en el caso *Henningsen* se vieron privados de su propiedad por un acto de discreción judicial aplicado *ex post facto*. Es posible que esto no escandalice a muchos lectores, pues la noción de discreción judicial ha rebasado el ámbito jurídico, pero de hecho ejemplifica uno de los problemas más espinosos que llevan a los filósofos a preocuparse por la obligación jurídica. Si privar al acusado de la propiedad no se puede justificar en casos como éstos, apelando a una obligación establecida, se le ha de encontrar otra justificación, y todavía no ha aparecido ninguna satisfactoria.

En el esquema básico del positivismo que diseñé antes, enumeré como segundo principio la doctrina de la discreción judicial. Los positivistas sostienen que cuando un caso no puede subsumirse en una norma clara,

el juez debe ejercer su discreción para decidir sobre el mismo, estableciendo lo que resulta ser un nuevo precedente legislativo. Puede haber una relación importante entre esta doctrina y la cuestión de cuál de los dos enfoques de los principios jurídicos debemos adoptar. Hemos de preguntarnos, por ende, si la doctrina es correcta y si, como parece a primera vista, lleva implícito el segundo enfoque. Sin embargo, mientras nos aproximamos a estos problemas, tendremos que depurar nuestro concepto de la discreción. Intentaré demostrar de qué manera ciertas confusiones referentes a dicho concepto y, en particular, la falta de distinción clara entre los diferentes sentidos en que se lo usa, explican la popularidad de la doctrina de la discreción. Sostendré que, en el sentido en que la doctrina incide efectivamente sobre nuestra manera de enfocar los principios, no encuentra apoyo alguno en los argumentos de que se valen los positivistas para defenderla.

5. La discreción

Los positivistas tomaron el concepto de discreción del lenguaje común y, para entenderlo, debemos devolverlo momentáneamente a su contexto originario. ¿Qué significa, en la vida ordinaria, decir que alguien “tiene discreción”? Lo primero que hay que observar es que el concepto sólo tiene significación en algunas situaciones especiales. Por ejemplo, nadie diría que yo tengo —o no tengo— discreción al elegir una casa para mi familia. No es verdad que “no tenga discreción” al hacer una elección tal, y sin embargo, sería casi igualmente inadecuado decir que sí la tengo. El concepto de discreción sólo es adecuado en un único tipo de contexto; cuando alguien está en general encargado de tomar decisiones sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada. Tiene sentido hablar de la discreción de un sargento que está sometido a las órdenes de sus superiores, o de la de un funcionario deportivo o un juez de competición que se rige por un reglamento o por los términos de la competición. La discreción, como el agujero en una rosquilla, no existe, a no ser como el área que deja abierto un círculo de restricciones que la rodea. Es, por consiguiente, un concepto relativo. Siempre tiene sentido preguntar: “Discreción, ¿según qué normas?” o: “Discreción, ¿según qué autoridad?” Generalmente, el contexto simplificará la respuesta a esta cuestión, pero, en algunos casos, el funcionario puede tener discreción desde un punto de vista, pero no desde otro.

Como sucede con casi todos los términos, el significado exacto de “discreción” se ve afectado por las características del contexto. El término va siempre teñido por el conjunto de la información que constituye el marco

en el cual se lo usa. Aunque los matices son múltiples, será útil que intentemos reconocer algunas distinciones importantes.

A veces hablamos de “discreción” en un sentido débil, simplemente para decir que, por alguna razón, las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento. Usamos este sentido débil cuando el contexto todavía no lo aclara, cuando la información básica con que cuenta nuestro auditorio no contiene esa información. Así, podríamos decir: “Las órdenes recibidas dejaban un amplio margen de discreción al sargento” a alguien que no sabe cuáles eran las órdenes que éste había recibido, o que desconoce algo que hacía que tales órdenes fueran vagas o difíciles de llevar a la práctica. Y tendría mucho sentido agregar, como aclaración, que el teniente le había ordenado que formara una patrulla con sus cinco hombres más experimentados, pero que era difícil decidir quiénes eran los más experimentados.

A veces usamos el término en un sentido débil diferente, para decir únicamente que algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario. Hablamos así cuando el funcionario forma parte de una jerarquía de funcionarios estructurada de tal manera que algunos tienen autoridad superior, pero en la cual las pautas de autoridad son diferentes para las diferentes clases de decisiones. Así, podríamos decir que en el béisbol ciertas decisiones —como la decisión de si la pelota o el corredor llegó primero a la segunda base— son competencia discrecional del árbitro de la segunda base, si lo que queremos decir es que, respecto de esto, el árbitro principal no tiene poder para imponer su propio criterio aunque esté en desacuerdo.

Llamo débiles a estos dos sentidos para distinguirlos de otro más fuerte. A veces hablamos de “discreción” no simplemente para decir que un funcionario debe valerse de su juicio para aplicar los estándares que le impone la autoridad, o que nadie ha de revisar su ejercicio del juicio, sino para afirmar que, en lo que respecta a algún problema, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. En este sentido, decimos que un sargento a quien se le ha ordenado que escoja a los cinco hombres que prefiera para formar una patrulla tiene discreción, o que en una exposición canina la tiene un juez para evaluar los *airedales* antes que los *boxers*, si las reglas no estipulan un orden determinado. Usamos este sentido no como comentario de la vaguedad o dificultad de las normas, ni para referirnos a quién tiene la última palabra en su aplicación, sino para aludir a su alcance y a las decisiones que pretenden controlar. Si al sargento se le dice que escoja a los cinco hombres más experimentados, no tiene discreción en este sentido fuerte, porque la orden pretende regir su decisión.

El árbitro de boxeo que debe decidir cuál de los contrincantes ha sido el más agresivo tampoco tiene discreción, en el sentido fuerte, por la misma razón.

Si alguien dijera que el sargento o el árbitro tenía discreción en tales casos, tendríamos que entender, si el contexto lo permitiese, que usaba el término en alguno de los sentidos débiles. Supongamos, por ejemplo, que el teniente ordenara al sargento elegir los cinco hombres que le pareciesen más experimentados y agregara luego que el sargento podía escogerlos a discreción. También las reglas podían establecer que el árbitro debía adjudicar el *round* al boxeador más agresivo y que la decisión quedaba librada a su discreción. Tendríamos que entender estos enunciados en el segundo sentido débil, como referentes a la cuestión de la revisión de la decisión. El primer sentido débil —que las decisiones requieren juicio— sería ocioso, y el tercero —el fuerte— queda excluido por los enunciados mismos.

Debemos evitar una confusión tentadora. El sentido fuerte de la palabra discreción no equivale a libertad sin límites, y no excluye la crítica. Casi cualquier situación en la cual una persona actúa (incluyendo aquellas en las que no es cuestión de decidir bajo una autoridad especial y, por ende, no es cuestión de discreción) pone en juego ciertos estándares de racionalidad, justicia y eficacia. En función de ellos nos criticamos unos a otros, y no hay razón para no hacerlo cuando los actos están más bien en el centro que más allá de la órbita de la autoridad especial. Así, podemos decir que el sargento a quien se le concedió discreción (en el sentido fuerte) para escoger una patrulla lo hizo con malevolencia, con estupidez o con descuido, o que el juez a cuya discreción quedaba librado el orden en que se juzgaría a los perros cometió un error porque hizo pasar primero a los *boxers*, aunque éstos eran muchos más que los tres únicos *airedales*. La discreción de un funcionario no significa que sea libre para decidir sin recurrir a normas de sensatez y justicia, sino solamente que su decisión no está controlada por una norma prevista por la autoridad particular en que pensamos al plantear la cuestión de la discreción. Por cierto que este último tipo de libertad es importante; por eso tenemos el sentido fuerte de “discreción”. A alguien que tiene discreción en este tercer sentido se le puede criticar, pero no por desobediencia, como en el caso del soldado. Se puede decir que cometió un error, pero no que privó a un participante de una decisión a la cual tenía derecho, como en el caso de un árbitro deportivo o de un juez de competición.

Ahora, teniendo presentes estas observaciones, podemos volver a la doctrina de la discreción judicial de los positivistas. La doctrina sostiene que si un caso no está controlado por una norma establecida, el juez debe decidir mediante el ejercicio de la discreción. Queremos examinar esta

doctrina y verificar qué relación tiene con nuestro tratamiento de los principios, pero primero debemos preguntarnos en qué sentido del término “discreción” hemos de entenderla.

Algunos nominalistas sostienen que los jueces siempre tienen discreción, incluso cuando hay una norma clara que regula el caso, porque los jueces son los que tienen la última palabra en el derecho. Esta doctrina de la discreción usa el segundo sentido débil del término, porque se centra en el hecho de que ninguna autoridad superior revisa las decisiones del tribunal supremo. Por consiguiente, no tiene relación con el problema de cómo justificamos los principios, como no la tiene tampoco con el problema de cómo justificamos las normas.

Los positivistas no dan este sentido a su doctrina, porque dicen que un juez no tiene discreción cuando se cuenta con una norma clara y establecida. Si atendemos a los argumentos con que los positivistas defienden su doctrina, podemos sospechar que hablan de discreción en el primer sentido débil, para referirse únicamente a que en ocasiones los jueces deben ejercer su juicio en la aplicación de normas jurídicas. Sus argumentos llaman la atención sobre el hecho de que algunas normas jurídicas son vagas (el profesor Hart, por ejemplo, dice que todas ellas son de “textura abierta”), y que se plantean algunos casos (como el de *Henningsen*) en los que ninguna norma establecida parece adecuada. Insisten en que, en ocasiones, los jueces pasan momentos angustiosos para elucidar un principio jurídico, y en que es frecuente que dos jueces igualmente experimentados e inteligentes estén en desacuerdo.

Cualquiera que tenga familiaridad con el derecho se puede encontrar con problemas semejantes. En realidad, ésta es la dificultad que se plantea al suponer que los positivistas quieren usar el término “discreción” en este sentido débil. La proposición según la cual cuando no se dispone de una norma clara se ha de ejercer la discreción, en el sentido de “juicio”, es una tautología. Además, no tiene relación con el problema de cómo dar cuenta de los principios jurídicos. Es perfectamente congruente decir que en el caso *Riggs*, por ejemplo, el juez tuvo que ejercer su juicio, y que estaba obligado a seguir el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito. Los positivistas hablan como si su doctrina de la discreción judicial fuera un descubrimiento y no una tautología, y como si tuviera efectivamente alguna relación con el tratamiento de los principios. Hart, por ejemplo, dice que cuando está en juego la discreción del juez ya no podemos hablar de que esté limitado por normas, sino que debemos decir más bien cuáles son las que “usa de manera característica”. Hart piensa, que cuando los jueces tienen discreción, los principios que citan deben ser tratados según

nuestro segundo enfoque, como aquello que los tribunales suelen hacer “por principio”.

Parece por ende que los positivistas, por lo menos algunas veces, se toman su doctrina en el tercer sentido —el fuerte— del término “discreción”. En ese sentido, sí tiene que ver con el tratamiento de los principios; es más, en ese sentido no es nada menos que un nuevo enunciado de nuestro segundo enfoque. Da lo mismo decir que cuando un juez se queda sin normas tiene discreción, en el sentido de que no está limitado por estándar alguno procedente de la autoridad jurídica, que decir que los estándares jurídicos que citan los jueces, y que no son normas, no son obligatorios para ellos.

Debemos, pues, examinar la doctrina de la discreción judicial en el sentido fuerte. (En lo sucesivo, usaré en ese sentido el término “discreción”.) Preguntémosnos si los principios que citan los jueces en casos como el de *Riggs* o el de *Henningsen* vinculan sus decisiones, tal como las órdenes del sargento, de elegir los hombres más experimentados, o la obligación del árbitro de optar por el boxeador más agresivo determinan las decisiones de esas personas. ¿Qué argumentos podría presentar un positivista para demostrar que no es así?

1) Un positivista podría sostener que los principios no pueden ser vinculantes. Eso sería un error. Se plantea siempre, por supuesto, la cuestión de si un determinado principio es *de hecho* obligatorio para algún funcionario forense. Pero en el carácter lógico de un principio no hay nada que lo incapacite para obligarle. Supongamos que el juez del caso *Henningsen* hubiera dejado de tener en cuenta el principio de que los fabricantes de automóviles tienen una obligación especial para con los consumidores, o el principio de que los tribunales procuran proteger a aquellos cuya posición negociadora es débil, y que hubiera tomado simplemente una decisión favorable al demandado, citando sin más ni más el principio de la libertad de contratación. Sus críticos no se habrían contentado con señalar que no había tenido en cuenta consideraciones a las que otros jueces han venido prestando atención desde hace algún tiempo; la mayoría de ellos habrían dicho que era su deber tomar como referencia esos principios, y que el demandante tenía derecho a que así lo hiciera. Cuando decimos que una norma es obligatoria para un juez, eso no significa otra cosa sino que debe seguirla si viene al caso, y que si no lo hace, habrá cometido por ello un error.

De nada sirve decir que en un caso como el de *Henningsen* el tribunal sólo está “moralmente” obligado a tener en cuenta determinados principios, o que está “institucionalmente” obligado, o que lo está por

“razón de su oficio”, o algo semejante. La cuestión seguirá siendo por qué ese tipo de obligación (de cualquier modo que la llamemos) es diferente de la obligación que imponen las normas a los jueces, y por qué nos autoriza a decir que los principios y las directrices no son parte del derecho, sino simplemente normas extrajurídicas que los tribunales “usan de manera característica”.

2) Un positivista podría argumentar que, aun cuando algunos principios sean obligatorios, en el sentido de que el juez debe tenerlos en cuenta, no pueden determinar un resultado en particular. Es un argumento más difícil de evaluar, porque no está claro qué quiere decir que una norma “determina” un resultado. Quizá signifique que la norma *impone* el resultado siempre que se da el caso, de manera que nada más cuenta. Si es así, entonces es indudablemente cierto que los principios individuales no determinan resultados, pero esto no es más que otra manera de decir que los principios no son normas. Sólo las normas imponen resultados, pase lo que pase. Cuando se ha alcanzado un resultado contrario, la norma ha sido abandonada o cambiada. Los principios no operan de esa manera; orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan. No parece que esto justifique la conclusión de que los jueces que tratan con principios tengan discreción porque un conjunto de principios puede imponer un resultado. Si un juez cree que los principios que está obligado a reconocer apuntan en una dirección y que los principios que apuntan en otra, si los hay, no tienen el mismo peso, entonces debe decidir de acuerdo con ello, así como debe seguir lo que él cree que es una norma obligatoria. Por cierto que puede equivocarse en su evaluación de los principios, pero también puede equivocarse al juzgar que la norma es obligatoria. Es frecuente, podríamos agregar, que el sargento y el árbitro se encuentren en la misma situación. No hay un factor único que dicte qué soldados tienen más experiencia ni cuál es el boxeador más agresivo. Ambos jueces deben decidir cuál es el peso relativo de los diversos factores, pero no por eso tienen discreción.

3) Un positivista podría afirmar que los principios no pueden considerarse como derecho porque su autoridad, y mucho más su peso, son *discutibles* por naturaleza. Es verdad que generalmente no podemos demostrar la autoridad o el peso de un principio determinado como podemos a veces demostrar la validez de una norma, localizándola en un acta del Congreso o en la opinión de un tribunal autorizado. En cambio podemos defender un principio —y su peso— apelando a una amalgama de prácticas y de otros principios en la cual cuenten las aplicaciones de la historia legislativa y judicial, junto con referencias a prácticas y sobreentendidos

comunitarios. No hay un criterio válido que sirva como prueba de la solidez de un caso así; es una cuestión de juicio, y entre hombres razonables puede haber desacuerdos. Pero una vez más, esto no distingue al juez de otros funcionarios que no tienen discreción. El sargento no tiene un criterio claro y distinto para la experiencia, ni el árbitro para la agresividad. Ninguno de ellos tiene discreción, porque está obligado a llegar a entender, de manera discutible o no, qué es lo que le exigen sus órdenes, o las reglas, y a actuar de acuerdo con tal interpretación. Éste es, también, el deber del juez.

Claro que si los positivistas tienen razón en otra de sus doctrinas —la teoría de que en cada sistema legal hay un criterio decisivo de la obligatoriedad, como la regla de reconocimiento del profesor Hart—, de ello se sigue que los principios no tienen fuerza de ley. Pero difícilmente se puede tomar la incompatibilidad de los principios con la teoría de los positivistas como un argumento en virtud del cual se deba tratar a los principios de alguna manera determinada. Esto constituye un razonamiento circular; nos interesa el status de los principios porque queremos evaluar el modelo de los positivistas. El positivista no puede defender por decreto su teoría de la regla de reconocimiento; si los principios no son susceptibles de prueba, debe encontrar alguna otra razón por la cual no tienen fuerza de ley. Como al parecer los principios desempeñan un papel en las discusiones referentes a la obligación jurídica (recordemos de nuevo los casos de *Riggs* y *Henningson*), un modelo que tenga en cuenta el papel de los principios en el derecho tendrá alguna ventaja inicial sobre otro que lo excluya, y no corresponde que este último sea alegado en su propia defensa.

Tales son los argumentos más obvios que podría usar un positivista para defender la doctrina de la discreción en el sentido fuerte, y el segundo enfoque de los principios. Mencionaré un importante argumento en contra de esta doctrina y en favor del primer enfoque. A no ser que se reconozca que por lo menos algunos principios son obligatorios para los jueces y que exigen de ellos, como grupo, que tomen determinadas decisiones, tampoco se puede decir que alguna norma —o, en todo caso, muy pocas— sea obligatoria para ellos.

En la mayoría de las jurisdicciones norteamericanas, y actualmente también en Inglaterra, no es raro que los tribunales superiores no apliquen normas establecidas. En ocasiones, se anulan directamente las normas del *Common Law* —las establecidas por decisiones previas de los tribunales y otras veces hay formulaciones nuevas que las alteran radicalmente. Las normas legales se ven sometidas a interpretaciones y reinterpretaciones, a veces incluso cuando el resultado no es llevar a la práctica lo que se llama “la voluntad del legislador”. Si los tribunales pueden modificar las normas

establecidas, entonces naturalmente tales normas no serían obligatorias para ellos, y por tanto no serían derecho según el modelo positivista. Por consiguiente, el positivista debe argumentar que hay estándares, que en sí son obligatorios para los jueces, que determinan cuándo un juez puede anular o alterar una norma establecida, y cuándo no.

¿Cuándo se le permite, entonces, a un juez, que cambie una norma jurídica existente? Los principios figuran de dos maneras en la respuesta. Primero, es necesario, aunque no suficiente, que el juez considere que el cambio favorecería algún principio, que así viene a ser el que justifica el cambio. En el caso *Riggs*, el cambio (una nueva interpretación de la ley testamentaria) se justificaba por el principio de que nadie debe beneficiarse de su propio delito; en el caso *Henningsen*, las normas antes reconocidas en lo referente a la responsabilidad de los fabricantes de automóviles fueron alteradas sobre la base de los principios que antes cité, expresados en la opinión del tribunal.

Pero cualquier principio no sirve para justificar un cambio, porque entonces ninguna norma estaría jamás a salvo. Debe haber algunos principios que cuentan y otros que no cuentan, y debe haber algunos que cuentan más que otros. Eso no podría depender de las preferencias del propio juez, entre multitud de normas extrajurídicas, todas respetables y, en principio, elegibles, porque si así fuera, no podríamos decir que ninguna regla fuese obligatoria. Siempre podríamos imaginarnos un juez cuyas preferencias entre los estándares extrajurídicos fueran tales que justificasen un cambio o una reinterpretación radical, incluso de la más firmemente arraigada de las normas.

En segundo lugar, cualquier juez que se proponga cambiar la doctrina existente debe tener en cuenta algunos estándares importantes que desaconsejan apartarse de la doctrina establecida, y que son también, en su mayoría, principios. Incluyen la doctrina de la “supremacía legislativa”, un conjunto de principios que exigen que los tribunales muestren el debido respeto a los actos de legislación. Incluyen también la doctrina del precedente, otro conjunto de principios que reflejan el valor y la eficiencia de la coherencia. Las doctrinas de la supremacía legislativa y del precedente, cada una a su manera, tienden a respetar el *statu quo*, pero no hacen de ello un mandato. Los jueces, sin embargo, no son libres de elegir y escoger entre los principios y las directrices que constituyen estas doctrinas; si lo fueran, tampoco podría decirse que ninguna norma fuese obligatoria.

Consideremos, por lo tanto, qué quiere decir quien afirma que una norma determinada es obligatoria. Puede referirse a que la norma cuenta con el apoyo afirmativo de principios que el tribunal no es libre de ignorar,

y que colectivamente tienen más peso que otros principios que abogan por el cambio. Si no es así, que cualquier cambio estaría condenado por una combinación de principios conservadores de la supremacía legislativa y del precedente, que el tribunal no es libre de ignorar. Es muy frecuente que se refiera a ambas cosas, porque los principios conservadores, al ser principios y no normas, no son generalmente lo bastante poderosos como para proteger una norma del *Common Law* o una ley anticuada totalmente falta de apoyo en principios sustantivos que el tribunal está obligado a respetar. Cualquiera de estas aplicaciones, por supuesto, trata a un cuerpo de principios y de directrices como si fuera derecho, en el sentido en que lo son las normas: como estándares que obligan a los funcionarios de una comunidad, controlando sus decisiones de derecho y obligación jurídica.

Nos queda, pues, el siguiente problema. Si la teoría de la discreción judicial de los positivistas es trivial porque usa el término “discreción” en un sentido débil, o bien carece el fundamento porque los diversos argumentos que podemos aportar en su apoyo son insuficientes, ¿por qué la han adoptado tantos juristas cuidadosos e inteligentes? No podemos confiar en nuestro propio tratamiento de la teoría a menos que podamos dar respuesta a esta pregunta. No basta con señalar (aunque tal vez hacerlo contribuya a la explicación) que “discreción” tiene diferentes sentidos y que es posible confundirlos. Estos sentidos no se nos confunden cuando no estamos hablando de derecho.

Parte de la explicación, por lo menos, reside en la natural tendencia del jurista a asociar derecho y normas, y a pensar en “el derecho” como una colección o sistema de normas. Roscoe Pound, que hace ya mucho tiempo diagnosticó esta tendencia, pensaba que los juristas de habla inglesa caían en esta trampa debido al hecho de que en inglés se usa la misma palabra, cambiando únicamente el artículo, para hablar de “una ley” [*a law*] y de “el derecho” [*the law*]. (Otras lenguas, por el contrario, se valen de dos palabras: *loi* y *droit*, por ejemplo, y *Gesetz* y *Recht* [en francés y alemán respectivamente].) Es posible que eso les haya sucedido a los positivistas ingleses, porque la expresión “*a law*” hace, ciertamente, pensar en una norma. Pero la razón principal de que se asocie el derecho con las normas es más profunda, y creo que reside en el hecho de que, durante largo tiempo, la formación jurídica ha consistido en enseñar y examinar aquellas normas establecidas que configuran lo esencial del derecho.

En todo caso, si un abogado entiende el derecho como un sistema de normas y reconoce sin embargo, como debe, que los jueces cambian las viejas normas e introducen otras nuevas, llegará naturalmente a la teoría de la discreción judicial en el sentido fuerte. En aquellos otros sistemas de

normas de los cuales tiene experiencia (como los juegos), las reglas son la única autoridad especial que rige las decisiones oficiales, de manera que si un árbitro pudiera cambiar una regla, tendría discreción en lo que respecta al contenido de esa regla. Sean cuales fueren los principios que puedan citar los árbitros cuando cambian las reglas, no representarían más que sus preferencias “características”. Los positivistas tratan al derecho como si fuera el béisbol, revisado de esta manera.

Este supuesto inicial de que el derecho es un sistema de normas tiene otra consecuencia, más sutil. Cuando los positivistas se ocupan efectivamente de los principios y las directrices, los tratan como si fueran normas *manquéés*. Suponen que si son estándares de derecho, deben ser normas, de manera que los entienden como estándares que intentarían ser normas. Cuando un positivista oye sostener a alguien que los principios jurídicos son parte del derecho, lo entiende como un argumento en defensa de lo que él llama la teoría del “derecho superior”; que estos principios son las normas de un derecho de rango superior al ordinario. Y refuta la teoría señalando que a esas “normas” a veces se las sigue, y a veces no; que por cada “norma” como “nadie ha de beneficiarse de su propia injusticia” hay otra “norma” contradictoria, como “el derecho favorece la seguridad jurídica” y que no hay manera de poner a prueba la validez de semejantes “normas”. Su conclusión es que estos principios y directrices no son normas válidas de un derecho superior al ordinario, lo cual es verdad, porque en modo alguno son normas. Concluye también que hay estándares extrajurídicos que cada juez escoge de acuerdo con sus propias luces en el ejercicio de su discreción, lo cual es falso. Es como si un zoólogo hubiera demostrado que los peces no son mamíferos y llegara después a la conclusión de que en realidad no son más que plantas.

6. La regla de reconocimiento

El análisis que antecede estuvo motivado por dos explicaciones opuestas de los principios jurídicos. Al estudiar la segunda de ellas, que parecen adoptar los positivistas mediante su doctrina de la discreción judicial, hemos descubierto graves dificultades. Es hora de regresar a la disyuntiva inicial. ¿Qué pasa si adoptamos el primer enfoque? ¿Cuáles serían las consecuencias de tal actitud para la estructura básica del positivismo? Claro que tendríamos que abandonar el segundo dogma, la doctrina de la discreción judicial (o, como alternativa, aclarar que la doctrina ha de entenderse simplemente en el sentido de que con frecuencia los jueces deben ejercitar

su juicio). ¿Tendríamos también que abandonar o modificar el primer dogma, la proposición de que el derecho se distingue mediante criterios del tipo que se puede establecer en una regla maestra, como la regla de reconocimiento del profesor Hart? Si principios tales como los de los casos *Riggs* y *Henningsen* han de considerarse jurídicos, y pese a ello hemos de resguardar la noción de una regla maestra del derecho, entonces es necesario que podamos organizar algún criterio que permita identificar los principios que efectivamente cuentan como derecho (y únicamente éstos). Empecemos por la prueba que sugiere Hart para identificar las *normas* válidas de derecho, y veamos si se la puede aplicar también a los principios.

De acuerdo con Hart, la mayoría de las normas de derecho son válidas porque alguna institución competente las promulgó. Algunas fueron creadas por un órgano legislativo en forma de estatutos. Otras fueron creadas por los jueces que las formularon para decidir casos particulares y las establecieron así como precedentes para el futuro. Pero este tipo de certificación no sirve para los principios de los casos *Riggs* y *Henningsen*, cuyo origen como principios jurídicos no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo. La continuación de su poder depende de que tal sentido de la conveniencia se mantenga. Si dejara de parecer injusto permitir que la gente se beneficie de sus delitos, o ya no se considerase justo imponer responsabilidades especiales a los oligopolios que fabrican máquinas potencialmente peligrosas, estos principios dejarían de desempeñar un papel importante en los casos nuevos, aun cuando jamás hubieran sido derogados o rechazados. (De hecho, poco sentido tiene hablar de que principios como éstos sean “derogados” o “rechazados”, ya que cuando se suprimen es porque se desgastan, no porque se los impugne.)

Verdad es que si nos urgieran a fundamentar nuestra afirmación de que cierto principio es un principio de derecho, mencionaríamos cualquier caso anterior en que tal principio hubiera sido citado o figurase en la discusión. Mencionaríamos también cualquier ley que pareciera ejemplificarlo (y sería mejor aún si el principio estuviera citado en el preámbulo de la ley, o en los informes de la comisión o en cualquier otro documento legislativo que lo acompañase). A menos que llegáramos a encontrar el apoyo de algún antecedente institucional, no podríamos probablemente demostrar nuestro caso; y cuanto más apoyo encontrásemos, tanto más peso podríamos reclamar para el principio.

Sin embargo, no podríamos idear ninguna fórmula que sirviera para probar cuánto apoyo institucional, y de qué clase, es necesario para conver-

tir un principio en principio jurídico, y menos todavía para fijar su peso en un orden de magnitud determinado. Para abogar por un principio en particular hemos de luchar a brazo partido con todo un conjunto de estándares cambiantes, que evolucionan e interactúan (y que en sí mismos son más bien principios que normas), referentes a la responsabilidad institucional, a la interpretación de la ley, a la fuerza persuasiva de diversos tipos de precedentes, a la relación de todo ello con las prácticas morales contemporáneas y con multitud de otros estándares semejantes. No podemos reunir todo esto para formar una única “norma”, por compleja que fuese, y si pudiéramos, el resultado no tendría mucha relación con la imagen que presenta Hart de una regla de reconocimiento, o sea la de una regla maestra bastante estable, que especifica “algún rasgo o rasgos cuya posesión por una supuesta regla se considera indicación afirmativa y concluyente de que es una regla...”

Además, las técnicas de que nos valemos para defender otro principio no están (como es la intención de la regla de reconocimiento de Hart) en un nivel totalmente diferente de los principios que fundamenta. La nítida distinción que establece Hart entre aceptación y validez no se sostiene. Si estamos defendiendo el principio de que un hombre no debe beneficiarse de su propio delito, podríamos citar actas de tribunales y leyes que lo ejemplifiquen, pero esto se refiere tanto a la aceptación del principio como a su validez. (Parece extraño hablar, simplemente, de que un principio sea válido, quizá porque la validez es un concepto sin matices, apropiado para las normas, pero incongruente con la dimensión de peso de un principio.) Si nos pidieran (como bien podría suceder) que defendiéramos la doctrina del precedente o la técnica particular de interpretación legislativa que usamos en esta argumentación, citaríamos por cierto la práctica de otros que hayan usado tal doctrina o técnica. Pero también tendríamos que citar otros principios generales que a nuestro entender sustentan dicha práctica, y ello introduce una nota de validez en el acorde de aceptación. Podríamos sostener, por ejemplo, que la forma en que nos valemos de casos y leyes anteriores se apoya en un determinado análisis del sentido de la práctica legislativa o de la doctrina del precedente, o en los principios de la teoría democrática, o en una posición determinada respecto de la adecuada atribución de competencias entre las instituciones nacionales y las locales, o en alguna otra cosa de índole semejante. Tampoco esta fundamentación es una calle de sentido único que nos conduce a un principio decisivo, fundado solamente en la aceptación. También nuestros principios de legislación, precedente, democracia o federalismo podrían verse cuestionados, y en tal caso no sólo los defenderíamos en función de la práctica, sino en función

de sus relaciones recíprocas y de las aplicaciones de tendencias de las decisiones judiciales y legislativas, aun cuando esto último significara apelar a aquellas mismas doctrinas de la interpretación que justificábamos por mediación de los principios que ahora intentamos fundamentar. En este nivel de abstracción, hay que decir que los principios no convergen, sino que coexisten.

De modo que aun cuando se apoyen en los actos oficiales de instituciones jurídicas, los principios no tienen con tales actos una conexión lo bastante simple y directa como para que quede enmarcada en función de los criterios especificados por alguna regla maestra final de reconocimiento.

¿Hay alguna otra vía por la cual se puedan incluir los principios en una regla tal?

En realidad, Hart dice que una regla maestra podría designar como derecho no sólo las normas promulgadas por determinadas instituciones jurídicas, sino también las establecidas por la *costumbre*. Al decirlo, piensa en un problema que preocupó a otros positivistas, entre ellos a Austin. Muchas de las normas jurídicas más antiguas [de los Estados Unidos] no han sido creadas explícitamente por una legislatura o un tribunal. Cuando hicieron su primera aparición en textos y opiniones jurídicos, se las trató como parte ya existente del derecho, porque representaban la práctica consuetudinaria de la comunidad o de algún sector especializado de ésta, como la comunidad comercial. (Los ejemplos que se dan de ordinario son reglas de la práctica mercantil, como las que rigen qué derechos se derivan de una forma estándar de documento mercantil.) Como Austin pensaba que todo el derecho era el mandato de un soberano, sostuvo que esas prácticas consuetudinarias no constituían derecho mientras no las reconocieran los tribunales (como agentes del soberano), y que si los tribunales decidían otra cosa, estaban incurriendo en una ficción. Pero eso parecía arbitrario. Si todo el mundo pensaba que la costumbre en sí misma podía constituir derecho, el hecho de que la teoría de Austin dijese lo contrario no resultaba aceptable.

Hart invierte el razonamiento de Austin en este punto. La regla maestra, dice, podría estipular que alguna costumbre es considerada como derecho incluso antes de que los tribunales la reconozcan. Pero no resuelve la dificultad que esto plantea a su teoría general, porque no intenta exponer los criterios que con este fin podría usar una regla maestra. Ésta no puede usar, como único criterio, el requisito de que la comunidad considere la práctica como moralmente obligatoria, porque con ello no se distinguirían las normas consuetudinarias jurídicas de las normas consuetudinarias morales; y naturalmente, no todas las obligaciones morales consuetudinarias

aceptadas desde antiguo por la comunidad adquieren fuerza de ley. Por otra parte, si la prueba exige que la comunidad considere la práctica consuetudinaria como *jurídicamente* obligatoria, el sentido mismo de la regla maestra falla por la base, por lo menos para esta clase de reglas jurídicas. La regla maestra, dice Hart, señala la transformación de una sociedad primitiva en una sociedad de derecho, porque proporciona un criterio para la determinación de las normas sociales de derecho, que no se reduce a evaluar su aceptación. Pero si la regla maestra se limita a decir que cualquier otra regla que la sociedad acepte como jurídicamente obligatoria es jurídicamente obligatoria, entonces no proporciona prueba alguna, aparte de la que tendríamos que usar si no hubiese regla maestra. La regla maestra se convierte (para estos casos) en una no-regla de reconocimiento; lo mismo podríamos decir que toda sociedad primitiva tiene una regla secundaria de reconocimiento, a saber, la que establece que todo lo que se acepta como obligatorio es obligatorio. El propio Hart, al analizar el derecho internacional, ridiculiza la idea de que una regla así pueda ser una regla de reconocimiento, al describir la regla propuesta como “una repetición vacía del mero hecho de que la sociedad en cuestión... observa ciertos estándares de conducta como reglas obligatorias”.

La forma en que Hart trata el problema de la costumbre equivale, de hecho, a la confesión de que hay por lo menos algunas reglas de derecho que no son obligatorias porque sean válidas bajo normas establecidas por una regla maestra, sino que lo son —como la regla maestra— porque la comunidad las acepta como válidas. Esto socava la pulcra arquitectura piramidal que admirábamos en la teoría de Hart: ya no podemos decir que únicamente la regla maestra es obligatoria por su aceptación, puesto que todas las otras normas son válidas en virtud de ella.

Tal vez esto no sea más que un detalle, porque las reglas consuetudinarias en que piensa Hart ya no son parte muy importante del derecho. Pero en efecto hace pensar que Hart se mostraría renuente a ahondar en la herida, reuniendo bajo el rótulo de “costumbre” todos aquellos principios y directrices cruciales que hemos ido analizando. Si hubiera de considerarlos parte del derecho, y sin embargo admitir que la única prueba de su fuerza reside en la medida en que son aceptados como derecho por la comunidad o una parte de ella, reduciría muy marcadamente el ámbito del derecho sobre el cual ejerce algún dominio su regla maestra. No se trata solamente de que todos los principios y directrices escaparían de su influencia, aunque ya esto sería bastante grave. Una vez que tales principios y directrices son aceptados como derecho, y por lo tanto como estándares que los jueces deben seguir en la determinación de obligaciones jurídicas, de ello se seguiría que

normas como las que se enunciaron por primera vez en casos como los de *Riggs* y *Henningsen* deben su fuerza, por lo menos en parte, a la autoridad de principios y directrices políticas, es decir, no exclusivamente a la regla maestra de reconocimiento.

Entonces, no podemos adaptar la versión que da Hart del positivismo modificando su regla de reconocimiento para que abarque los principios. No se pueden formular criterios que relacionen los principios con actos legislativos, ni se puede hacer que su concepto de derecho consuetudinario, que es en sí mismo una excepción al primer dogma del positivismo, sirva de algo sin abandonar por completo ese dogma. Sin embargo, debemos considerar una posibilidad más. Si ninguna regla de reconocimiento puede proporcionar un criterio para la identificación de principios, ¿por qué no decir que los principios son decisivos y que ellos forman la regla de reconocimiento de nuestro derecho? La respuesta a la cuestión general de qué constituye derecho válido en la jurisdicción norteamericana nos exigiría entonces que enunciáramos todos los principios (así como las reglas constitucionales finales) en vigor en esa jurisdicción en ese momento, junto con las adecuadas estimaciones de su peso. Entonces, un positivista podría considerar el conjunto completo de tales normas como la regla de reconocimiento de la jurisdicción. Esta solución ofrece el atractivo de la paradoja, pero naturalmente, es una rendición incondicional. Si nos limitamos a designar nuestra regla de reconocimiento con la frase “el conjunto completo de principios en vigor”, a lo único que llegamos es a la tautología de que el derecho es el derecho. Si, en cambio, intentáramos efectivamente enumerar todos los principios en vigor, fracasaríamos. Los principios son discutibles, su peso es importante, son innumerables, y varían y cambian con tal rapidez que el comienzo de nuestra lista estaría anticuado antes de que hubiésemos llegado a la mitad. Aun si lo consiguiéramos, no tendríamos la llave del derecho, porque no quedaría nada que nuestra llave pudiera abrir.

Mi conclusión es que si tratamos los principios como derecho, debemos rechazar el primer dogma de los positivistas, que el derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asume la forma de una regla maestra. Ya hemos decidido que en ese caso debemos abandonar el segundo dogma —la doctrina de la discreción judicial— o aclararlo hasta llegar a la trivialidad. ¿Qué pasa con el tercer dogma, la teoría positivista de la obligación jurídica?

Esta teoría sostiene que existe una obligación jurídica cuando (y sólo cuando) una norma jurídica establecida la impone como tal obligación. De ello se sigue que en un caso difícil —cuando no se puede encontrar tal

norma establecida— no hay obligación jurídica mientras el juez no cree una nueva norma para el futuro. El juez puede aplicar esa nueva norma a las partes, pero entonces es legislación *ex post facto*, no la confirmación de una obligación existente.

La doctrina positivista de la discreción (en el sentido fuerte) exigía este punto de vista de la obligación jurídica, porque si un juez tiene discreción, no puede haber derecho ni obligación jurídica —o sea ningún título— que él deba imponer. Sin embargo, una vez que abandonamos esta doctrina y tratamos los principios como derecho, planteamos la posibilidad de que una obligación jurídica pueda ser impuesta tanto por una constelación de principios como por una norma establecida. Podríamos expresarla diciendo que existe una obligación jurídica siempre que las razones que fundamentan tal obligación, en función de diferentes clases de principios jurídicos obligatorios, son más fuertes que las razones o argumentos contrarios.

Por cierto que habría que dar respuesta a muchas cuestiones antes de que pudiéramos aceptar este punto de vista respecto de la obligación jurídica. Si no hay regla de reconocimiento ni criterio para identificar el derecho en ese sentido, ¿cómo decidimos qué principios han de contar, y en qué medida, en la elaboración de tal alegato? ¿Cómo decidimos si uno de los dos es mejor que el otro? Si la obligación jurídica descansa sobre un juicio indemostrable de esa clase, ¿cómo puede servir de justificación para una decisión judicial [decir] que una de las partes tenía una obligación jurídica? ¿Coincide esta visión de la obligación con la forma en que se expresan abogados, jueces y legos, y es coherente con nuestras actitudes en lo tocante a la obligación moral? Este análisis, ¿nos ayuda a resolver los enigmas clásicos de jurisprudencia referentes a la naturaleza del derecho?

Es menester hacer frente a estas cuestiones, pero ya las preguntas mismas son más prometedoras que las del positivismo. Condicionado por su propia tesis, el positivismo se detiene precisamente al borde de esos casos enigmáticos y difíciles que nos obligan a buscar teorías del derecho. Cuando estudiamos estos casos, el positivista nos remite a una doctrina de la discreción que no nos dice nada ni nos lleva a ninguna parte. Su imagen del derecho como sistema de normas ha ejercido tenaz influencia sobre nuestra imaginación, por obra tal vez de su misma simplicidad. Si nos desembarazamos de este modelo de las normas, quizá podamos construir otro que se ajuste más a la complejidad y la sutileza de nuestras propias prácticas.

HANS KELSEN:
Teoría pura del Derecho*

CAPÍTULO III: DEFINICIÓN DEL DERECHO

3. El Derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el Derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar, la mala cosecha, son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan que el alma será castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo, el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescri-

* Texto extraído de Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1973). Traducción de Moisés Nilve.

ben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho sale del dominio de la lógica para pasar al derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto, la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

b) El Derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera

determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos, hacia una conducta determinada, amenazándoles con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante, la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirle necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El Derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que

considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: "*pro non scripto habeantur*".

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos

necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición “todos los hombres son mortales” a la conclusión de que Pablo es mortal. Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

ALF ROSS:

Sobre el Derecho y la Justicia*

CAPÍTULO II: EL CONCEPTO DERECHO VIGENTE

VII. El contenido del orden jurídico

En el capítulo precedente, sobre la base de un análisis del juego del ajedrez y de sus reglas, he formulado esta hipótesis de trabajo: que tiene que

* Texto extraído de Alf Rom, *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977). Traducción de Genaro R. Carrió.

ser en principio posible definir y explicar el concepto “derecho vigente” de la misma manera que el concepto “norma vigente de ajedrez”. Seguidamente trataré desarrollar esa hipótesis en una teoría de lo que significa la expresión “derecho vigente”.

Nuestra hipótesis de trabajo dice que las normas jurídicas, como las normas del ajedrez, sirven como esquema de interpretación para un conjunto correspondientes de actos sociales, el derecho en acción, de manera tal que se hace posible comprender esos actos como un todo coherente de significado y motivación y predecirlos dentro de ciertos límites. Esta actitud del sistema se funda en el hecho de que las normas son efectivamente obedecidas porque se las vive como socialmente obligatorias.

Ahora bien, para elaborar esta hipótesis es menester responder a dos preguntas:

1) ¿Cómo se distingue el contenido del cuerpo individual de normas identificado como un orden jurídico nacional del contenido de otros cuerpos individuales de normas, tales como las normas del ajedrez, del bridge o de la cortesía?

2) Si la validez de un sistema de normas, en sentido amplio, significa que el sistema puede servir, en razón de su efectividad, como un esquema de interpretación, ¿de qué modo se aplica este criterio al derecho?

La primera cuestión será examinada en este párrafo; la segunda, en los párrafos VIII a X.

Consideremos de nuevo, por un momento, el juego del ajedrez. No tiene obviamente sentido querer definir las reglas del ajedrez para distinguirlas, por ejemplo, de las reglas del tenis, del fútbol o del bridge. “Reglas del ajedrez” es el nombre de un conjunto individual de normas que constituyen un todo coherente y con significado. Del mismo modo que John Smith es el nombre de un individuo que no puede ser definido pero que puede ser señalado, así “reglas del ajedrez” es el nombre de un conjunto individual de normas que no son definidas sino que son señaladas: éstas son las reglas del ajedrez. En la práctica no hay dificultad en distinguir las reglas del ajedrez de las reglas del tenis, del fútbol, del bridge o de cualesquiera otras normas sociales. El problema de la definición sólo surgiría si tuviéramos que clasificar las reglas del ajedrez junto con las reglas del fútbol y las reglas del bridge, bajo el título “reglas de juego”. Tendríamos entonces que preguntar qué característica individual de normas es decisiva para determinar si lo incluimos o no bajo ese título. Este problema no surge si sólo queremos dar cuenta de las reglas del ajedrez. Para esto no es necesario conocer qué es lo que ellas tienen en común con otros sistemas individuales de reglas que podrían ser clasificados conjuntamente con las primeras bajo el título “reglas de juego”.

Lo mismo ocurre con el derecho. “Derecho dinamarqués” es el nombre de un conjunto individual de normas que constituyen un todo coherente de significado. Por lo tanto ellas no son definidas, pero pueden ser señaladas. “Derecho dinamarqués”, “derecho noruego” “derecho sueco”, etc., corresponden a los diversos conjuntos individuales de reglas de juegos. El problema de la definición sólo surgiría si tuviéramos que clasificar estos diversos órdenes individuales bajo el título “derecho” u “orden jurídico”. Pero también es verdad aquí que este problema de definición no surge si sólo deseamos exponer el derecho dinamarqués vigente. Para esto no es necesario conocer qué es lo que este sistema de normas tiene en común con otros sistemas de normas que podrían ser clasificados conjuntamente con aquél bajo el título “derecho” u “orden jurídico”.

Dado que nos proponemos circunscribir la filosofía del derecho, al estudio de conceptos que están presupuestos en la ciencia dogmática del derecho, el problema de la definición de “derecho” (“orden jurídico”) es ajeno a la filosofía del derecho. Esto no ha sido jamás advertido. Se ha creído que a fin de delimitar la esfera de trabajo del jurista era necesario introducir una definición del derecho para distinguirlo de otros tipos de normas sociales. Este error se produjo porque no se entendió que el derecho nacional vigente constituye un todo individual. La coherencia de significado interna al mismo determina qué es lo que queda incluido dentro de ese todo. La palabra “derecho” no es común a una clase de reglas jurídicas sino a una clase de órdenes jurídicos individuales. La experiencia también lo confirma, porque en la práctica los juristas, por lo común, no tienen dificultad en determinar si una regla es parte del derecho nacional o si pertenece a un sistema diferente de normas, por ejemplo, a otro orden nacional, a las reglas del ajedrez o a la moralidad.

Pero aun cuando el problema de la definición de “derecho” (orden jurídico) queda de este modo fuera del dominio de la filosofía jurídica (tal como se ha delineado aquí), la existencia de una tradición al respecto y al deseo de proporcionar un cuadro general, justifican algunas consideraciones sobre el tema. En el parágrafo XII volveré sobre lo mismo. Por ahora sólo quiero anticipar esto, que es fundamental. Carece de todo interés particular, salvo el interés de la conveniencia, la forma cómo se define el concepto. Las infinitas discusiones filosóficas referentes a la “naturaleza” del derecho están fundadas en la creencia de que el derecho deriva su “validez” específica de una idea *a priori*, y que la definición del derecho es por ello decisiva para determinar si un orden normativo dado puede exhibir pretensiones al “título honorífico” de derecho. Si abandonamos estos presupuestos metafísicos y las actitudes emotivas involucradas en ellos, el problema de la definición pierde

interés. La función de la ciencia del derecho es exponer un determinado sistema nacional individual de normas. Existen varios otros sistemas individuales que en mayor o menor grado se le parecen, por ejemplo, otros órdenes nacionales, el derecho internacional, el orden social de una comunidad primitiva que no tiene organización alguna que lo establezca o preserve, el orden de una banda de delincuentes, el orden impuesto por la potencia ocupante en un país ocupado, etc. Todos estos órdenes o sistemas son hechos, nos gusten o no nos gusten. Necesitamos una palabra para describir estos hechos, y es simplemente una cuestión terminológica, carente de toda inferencia moral, decidir si elegimos para este propósito la palabra “derecho” o cualquier otro término. No sería práctico negarnos a usar la palabra “derecho” para aludir a sistemas que no nos gustan. Que el orden que prevalece en una banda, por ejemplo, sea denominado “orden jurídico” (derecho de la banda), es un problema que, considerado científicamente, es decir cuando la palabra “derecho” es liberada de su carga emotivo-moral, no pasa de ser una arbitraria cuestión de definición. Se ha sostenido que el sistema de violencia impuesto por Hitler no era un orden jurídico, y el “positivismo” jurídico ha sido acusado de traición moral por su reconocimiento no crítico de que tal orden era derecho.

Pero una terminología descriptiva nada tiene que hacer con la aprobación o reprobación moral. Puedo considerar a cierto orden como un “orden jurídico”, y al mismo tiempo entender que mi deber moral más alto es derrocarlo. Esta mezcla de puntos de vista descriptivos y actitudes morales de aprobación, que caracteriza la discusión del concepto del derecho, es un ejemplo de lo que Stevenson llama definición persuasiva.

Dejemos el inútil problema de la definición del concepto “derecho” u “orden jurídico”. Puedo volver ahora a la cuestión de cómo un orden jurídico individual nacional se distingue por su contenido de otros cuerpos individuales de normas.

Un orden jurídico nacional, como las normas de ajedrez, constituye un sistema individual determinado por “una coherencia íntima de significado”. Nuestra tarea es indicar en qué consiste esto. En lo que hace a las reglas del ajedrez, el caso es simple. La coherencia de significado está dada por el hecho de que todas ellas, directa o indirectamente, se refieren a las movidas hechas por los jugadores. Si las reglas de derecho han de constituir de la misma manera un sistema, ellas tienen que referirse, igualmente, a acciones definidas realizadas por personas definidas. Pero, ¿qué acciones y qué personas son éstas? Esta pregunta sólo puede ser contestada, mediante un análisis de las reglas comúnmente consideradas como un orden jurídico nacional, a quiénes están dirigidas y cuál es su significado.

Las normas jurídicas pueden ser divididas en dos grupos, según su contenido inmediato: normas de conducta y normas de competencia. El primer grupo incluye aquellas normas que prescriben una cierta línea de acción. Por ejemplo, la regla de Ley Uniforme de Instrumentos Negociables, sección 62, que prescribe que el aceptante de un instrumento negociable queda obligado a pagarlo de acuerdo con el tenor de su aceptación. El segundo grupo contiene aquellas normas que crean una competencia (poder, autoridad). Ellas son directivas que disponen que las normas que se creen de conformidad con un modo establecido de procedimiento serán consideradas normas de conducta. Una norma de competencia es, así, una norma de conducta indirectamente expresada. Las normas de la Constitución referentes a la legislatura, por ejemplo, son normas de conducta indirectamente expresadas que prescriben comportamientos de acuerdo con las ulteriores normas de conductas que sean sancionadas por vía legislativa.

¿A quién están dirigidas las normas de conducta? La Ley Uniforme de Instrumentos Negociables, sección 62, por ejemplo, prescribe aparentemente cómo debe comportarse una persona que ha aceptado una letra de cambio. Pero este enunciado no agota el significado normativo de dicha norma: en verdad no llega ni siquiera a aproximarse a lo que es realmente relevante. La sección 62 es al mismo tiempo una directiva para los tribunales acerca de cómo han de ejercer su autoridad en un caso que caiga bajo esa regla. Obviamente sólo esto es de interés para el jurista. Una medida legislativa que no contenga directivas para los tribunales sólo puede ser considerada como un pronunciamiento ideológico-moral sin relevancia jurídica. A la inversa, si la medida contiene una directiva para los tribunales, entonces no hace falta dar a los particulares instrucciones adicionales sobre su comportamiento. Se trata de dos aspectos del mismo problema. La directiva al particular está implícita en el hecho de que éste conoce qué reacciones puede esperar, en condiciones dadas, de parte de los tribunales. Si quiere evitar estas reacciones, tal conocimiento lo llevará a comportarse en las adecuadas a ello.

Las normas del derecho penal están redactadas de esta manera. Ellas no dicen que a los ciudadanos les está prohibido cometer homicidio; simplemente indican al juez cuál ha de ser su sentencia en un caso de esa índole. Nada impide, en principio, que las reglas de la Ley de Instrumentos Negociables, o cualesquiera otras normas de conducta, sean formuladas de la misma manera. Esto muestra que el contenido real de una norma de conducta es una directiva para el juez, mientras que la directiva al particular es una norma derivada o norma en sentido figurado, deducida de aquélla.

Las normas de competencia se pueden reducir a normas de conducta y, por ende, también tienen que ser interpretadas como directivas para los tribunales.

La sentencia es la base de la ejecución. Cualquiera sea la forma que pueda asumir la ejecución, ella constituye potencialmente el ejercicio de fuerza física contra quien no quiere acatar la sentencia.

Un “juez” es una persona calificada de acuerdo con las reglas que gobiernan la organización de los tribunales y la designación o elección de los jueces. De esta manera las reglas del derecho privado (dirigidas a los jueces) están integradas con las reglas del derecho público. El derecho en su totalidad no sólo determina —en las reglas de conducta— en qué condiciones deberá ordenarse el ejercicio de la fuerza; determina también las autoridades públicas, los tribunales, establecidos para ordenar el ejercicio de la fuerza.

El corolario natural de esto, que da al ejercicio público de la fuerza su efecto y significado especial, es que la potestad de emplear la fuerza física es, en todos los aspectos esenciales, monopolio de las autoridades públicas. En aquellos casos en que exista un aparato para el monopolio del ejercicio de la fuerza, decimos que hay Estado.

En resumen: un orden jurídico nacional es un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercer la fuerza física contra una persona; el orden jurídico nacional establece un aparato de autoridades públicas (los tribunales y los órganos ejecutivos) cuya función es ordenar y llevar a cabo el ejercicio de la fuerza en casos específicos. O más brevemente: un orden jurídico nacional es el conjunto de reglas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado.

VIII. La vigencia del orden jurídico

Partimos de la hipótesis de que un sistema de normas es “vigente” si puede servir como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de acciones sociales, de manera tal que se nos hace posible comprender este conjunto coherente de acciones como un todo coherente de significado y motivación y, dentro de ciertos límites, predecirlas. Esta aptitud del sistema se funda en el hecho de que las normas son efectivamente obedecidas, porque se las vive como socialmente obligatorias.

Ahora bien, ¿cuáles son esos hechos sociales que, en tanto que fenómenos jurídicos, constituyen la contrapartida de las normas jurídicas? Ellos no pueden ser sino las acciones humanas reguladas por las normas jurídicas. Estas, como hemos visto, son, en último análisis, normas que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza a través del aparato del Estado, o —más brevemente— normas que regulan el ejercicio de la fuerza por los tribunales. Se sigue de aquí que los fenómenos

jurídicos que constituyen la contrapartida de las normas no pueden ser otros que las decisiones de los tribunales. Es aquí donde tenemos que buscar la efectividad en que consiste la vigencia del derecho.

De acuerdo con esto, un orden jurídico nacional, considerado como un sistema vigente de normas, puede ser definido como el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece. El “test” de la vigencia es que sobre la base de esta hipótesis, esto es, aceptando el sistema de normas como un esquema de interpretación, podamos comprender las acciones del juez (las decisiones de los tribunales) como respuestas con sentido a condiciones dadas y, dentro de ciertos límites, seamos capaces de predecir esas decisiones, de la misma manera que las normas del ajedrez nos capacitan para comprender las movidas de los jugadores como respuestas con sentido, y para predecirlas. La acción del juez es una respuesta a un número de condiciones determinadas por las normas jurídicas; v. gr., que se haya celebrado un contrato de venta, que el vendedor no haya entregado la cosa vendida, que el comprador se la haya reclamado oportunamente, etc. Estos hechos condicionantes adquieren también su específico significado de actos jurídicos a través de una interpretación efectuada a la luz de la ideología de las normas. Por esta razón, ellos pueden ser denominados “fenómenos jurídicos” en sentido amplio o “derecho en acción”.

Sin embargo, sólo los fenómenos jurídicos en sentido restringido —la aplicación del derecho por los tribunales— son decisivos para determinar la vigencia de las normas jurídicas. En contra de ideas generalmente aceptadas es necesario insistir en que el derecho suministra normas para el comportamiento de los tribunales, no de los particulares. Por lo tanto, para hallar los hechos que condicionan la vigencia de las normas debemos atender exclusivamente a la aplicación judicial del derecho, y no al derecho en acción entre individuos particulares. Por ejemplo, si el aborto está prohibido, el verdadero contenido del derecho consiste en una directiva para el juez, en el sentido de que éste debe, en ciertas condiciones, imponer una pena por el aborto. Para determinar si la prohibición es derecho vigente, lo único decisivo es que ella sea efectivamente aplicada por los tribunales en los casos en que las infracciones son descubiertas y juzgadas. Es indiferente que los súbditos acaten o desoigan con frecuencia la prohibición. Ello se traduce en la aparente paradoja de que mientras más efectivo es el acatamiento que una regla recibe en la vida jurídica extrajudicial, más difícil es verificar si ella posee vigencia, por cuanto los tribunales tienen una oportunidad mucho menor de manifestar su reacción.

En lo que antecede hemos usado las expresiones “el juez” y “los tribunales” como intercambiables. Cuando hablamos de un orden jurídico

nacional, se da por sentado que estamos frente a un conjunto de normas supraindividuales, en el sentido de que son normas nacionales, que varían de nación a nación, no de un juez individual a otro. Por esta razón da lo mismo aludir al “juez” o a “los tribunales”. En la medida en que el juez individual esté motivado por ideas particulares, personales, éstas no pueden ser atribuidas al derecho de la nación, aunque ellas constituyen un factor que debe ser tomado en cuenta por quien tenga interés en predecir una decisión jurídica concreta.

Cuando se busca el fundamento de la vigencia del derecho en las decisiones de los tribunales, puede parecer que la cadena del razonamiento está operando en forma circular. Porque puede alegarse que la calidad de juez no es meramente fáctica, ya que necesariamente deriva del derecho vigente, en particular de las reglas de derecho público que rigen la organización de los tribunales y la designación de los jueces. Antes de que pueda verificar si una cierta regla de derecho privado es de derecho vigente, por lo tanto, tengo que establecer, qué es derecho vigente en estos otros aspectos. ¿Y cuál es el criterio para esto?

La respuesta es que el orden jurídico forma un todo que integra las reglas de derecho privado con las reglas de derecho público. Fundamentalmente, la vigencia es una cualidad atribuida al orden como un todo. El test de la vigencia es que el sistema en su integridad, usado como un esquema de interpretación, nos haga comprender no sólo la manera cómo actúan los jueces, sino también que ellos actúan en calidad de tales. No hay punto de Arquímedes en la verificación, no hay sector alguno del derecho que reciba verificación antes que los restantes.

El hecho de que fundamentalmente todo el orden jurídico recibe verificación no excluye la posibilidad de investigar si una regla individual determinada es derecho vigente. Simplemente quiere decir que el problema no puede ser resuelto sin referencia al “derecho vigente” como un todo. Estos problemas de verificación más particulares son examinados en los párrafos IX y X.

El concepto de vigencia del derecho descansa, de acuerdo con lo que llevamos dicho, en hipótesis referentes a la vida espiritual del juez. No puede determinarse lo que es derecho vigente por medios puramente conductistas (*behaviouristic*), esto es, mediante observación externa de regularidades en las reacciones (costumbres) de los jueces. A lo largo de un período dilatado el juez puede haber exhibido una cierta reacción típica; por ejemplo, puede haber penas de aborto. De pronto esta reacción cambia, porque ha sido promulgada una nueva ley. La vigencia no puede ser determinada recurriendo a una costumbre más general, externamente observable, a saber,

la de obedecer al “legislador” que es obedecido. La observación puramente externa podría llevar a la conclusión de que se obedece a las personas que al tiempo de la observación son miembros de la legislatura. Pero en determinados momentos la composición de ésta cambia. Se puede continuar de esta manera hasta llegar a la Constitución, pero nada hay que impida que un día la Constitución sea también cambiada.

Nada se logra, pues con una interpretación conducista. La cambiante conducta del juez sólo puede ser comprendida y predicha mediante una interpretación ideológica, esto es, mediante la hipótesis de una cierta ideología que anima al juez y motiva su acción.

Otra manera de expresar lo mismo es afirmar que el derecho presupone no solo regularidad en el comportamiento del juez, sino también la experiencia que éste tiene de hallarse sometido a las reglas. El concepto de vigencia involucra dos puntos: parcialmente, el acatamiento regular y externamente observable de una pauta de acción, y, parcialmente, la experiencia de esta pauta de acción como una norma socialmente obligatoria. No toda costumbre externamente observable en el juego de ajedrez es expresión de una norma de ajedrez vigente. No lo es, por ejemplo, la costumbre de no abrir con un peón torre. De la misma manera, no toda regularidad externa y observable en las reacciones del juez es la expresión de una norma jurídica vigente. Puede ser, por ejemplo, que entre los jueces se haya generado la costumbre de penar únicamente con multas ciertas transgresiones aun cuando la ley autorice la pena corporal. Ahora bien, es necesario agregar que las costumbres de los jueces exhiben una fuerte inclinación a transformarse en normas obligatorias, y que, en tal supuesto, una costumbre será interpretada como expresión del derecho vigente. Pero tal no será el caso mientras la costumbre no sea más que un hábito del hecho.

Este doble aspecto del concepto de vigencia explica el dualismo que siempre ha caracterizado a este concepto en la corriente metafísica del derecho. De acuerdo con esta teoría, “derecho vigente” significa al mismo tiempo “orden efectivo” y “orden que posee ‘fuerza obligatoria’ derivada de principios *a priori*”. El derecho es al mismo tiempo algo real en el mundo de los hechos y algo válido en el mundo de las ideas (par. XIII). No es difícil advertir que este dualismo puede conducir a complicaciones lógicas y epistemológicas que hallan expresión en numerosas antinomias de la teoría del derecho. Dicho dualismo lleva a la afirmación metafísica de que la existencia misma es válida en su ser íntimo (Hegel). Como la mayor parte de las construcciones metafísicas, la construcción relativa a la validez inmanente del derecho positivo reposa sobre una incorrecta interpretación de ciertas experiencias, en este caso, de la experiencia de que el derecho no es meramente un

orden fáctico, un puro hábito, sino un orden que es experimentado o vivido como socialmente obligatorio. La concepción tradicional, en consecuencia, si quitamos la metafísica, puede suministrar apoyo a mi punto de vista, en la medida en que se opone a una interpretación puramente conductista de la vigencia del derecho.

XI. Derecho - fuerza - validez

Lo que antecede está basado en el entendimiento de que un orden jurídico nacional es un cuerpo de reglas concernientes al ejercicio de la fuerza física. Según un criterio muy difundido, la relación entre el derecho y la fuerza se define de otro modo: el derecho, de acuerdo con este punto de vista, está constituido por reglas que están respaldadas por la fuerza.

Para fundar este punto de vista se toman en cuenta aquellas normas que en el parágrafo VII llamamos normas de conducta derivadas o normas en sentido figurado, tales como, por ejemplo, la sección 62 de la Ley de Instrumentos Negociables, entendida según su contenido directo como una directiva para el aceptante de una letra de cambio. De ellas puede razonablemente decirse que están respaldadas por la fuerza: si el aceptante no paga el día del vencimiento, corre el riesgo de juicio, sentencia y ejecución.

Esta interpretación de las normas jurídicas, empero, no es admisible, pues se apoya en presuposiciones falsas y conduce a conclusiones inaceptables.

Se apoya en la presuposición de que, en el caso, v. gr., de la aludida sección 62, la directiva al aceptante de una letra de cambio y la directiva al juez para que aplique esa regla por la fuerza son cosas distintas y separadas. Pero no tenemos aquí dos normas diferentes, sino dos aspectos de la misma norma. Ella está dirigida al juez y condiciona la aplicación de la fuerza a la conducta del aceptante. Esto origina un efecto reflejo: crea un motivo para que el aceptante de la letra no observe una conducta que traerá aparejado el uso de la fuerza. En otras palabras, crea un motivo para que el aceptante pague.

La interpretación de que el hecho está constituido por reglas respaldadas por la fuerza no es admisible por otra razón: habría que excluir del dominio del derecho partes esenciales que se hallan conectadas en forma inseparable con las normas que tienen el respaldo de la fuerza.

En primer lugar, tal interpretación excluiría todas las normas de competencia, puesto que éstas no están respaldadas por la fuerza. El punto de vista que estamos criticando hace que siempre haya sido un problema

saber cómo pueden considerarse derecho grandes áreas del derecho constitucional y administrativo que están compuestas por normas de esa índole. Razones de coherencia obligan que tales áreas del derecho tengan carácter jurídico. Esto es absurdo, no tanto porque contradice concepciones corrientes, como porque dichas normas —en cuanto son normas de conducta indirectamente formuladas— se hallan en una indisoluble cohesión de significado con las normas de conducta directa. Y en segundo lugar, tal interpretación excluiría las propias normas para la aplicación del derecho, a saber, las normas secundarias que garantizan las normas primarias de conducta. No es posible evitar esta conclusión diciendo que estas normas secundarias están a su vez respaldadas por la fuerza mediante un conjunto de normas terciarias. En la mayor parte de los casos no habrá una realidad social que corresponda a esta interpretación; además, ella no hace sino posponer el problema, ya que no podemos *ad infinitum* poner norma tras norma.

Tenemos que insistir, por ende, en que la relación entre las normas jurídicas y la fuerza consiste en el hecho de que ellas se refieren a la aplicación de ésta y no en el hecho de que están respaldadas por la fuerza.

Estrechamente conectada con este problema está la cuestión sociológico-jurídica de los motivos que impulsa a los hombres a actuar de una manera lícita. El problema está fuera del propósito de este libro, pero lo tocaremos brevemente aquí.

Como sugerimos con mayor detalle más adelante (par. LXXMV y LXXXV) los motivos humanos pueden ser divididos en dos grupos principales: 1) impulsos fundados en necesidades, que surgen de un cierto mecanismo biológico y que son vividos (*experienced*) como “intereses”; y 2) impulsos inculcados en el individuo por el medio social que son vividos (*experientel*) como un categórico que lo “obliga” sin referencia a sus “intereses” o incluso en conflicto directo con éstos. Los motivos del segundo grupo son, por ello, fácilmente interpretados en términos metafísicos como una revelación en la conciencia de una “validez” superior, la que, en tanto que “deber”, es contrapuesta a la “naturaleza sensual del hombre” y a los intereses que surgen de ésta. Ahora bien, ¿qué papel desempeñan estas experiencias de motivos en la vida jurídica de la comunidad?

Referente a las normas jurídicas en sentido propio, esto es, aquellas dirigidas al juez y que funcionan como pautas para su decisión, tenemos que dar por sentado en forma definitiva que el juez está motivado primera y principalmente por impulsos desinteresados, por un puro sentimiento del deber y no por el temor a las sanciones jurídicas o por cualquier interés. Las sanciones jurídicas contra un juez por la forma como desempeña sus tareas

sólo son posibles en casos de agravios extremos a la justicia (sobornos y supuestos análogos) y no desempeñan un papel efectivo en la práctica. El motivo que impulsa a los jueces a respetar las normas no se encuentra, por lo tanto, en la justicia retributiva. Respecto de los jueces de los tribunales superiores, el interés en adquirir o conservar cierta reputación profesional y en hacer carrera para desempeñar un papel, aunque no el decisivo. Si los tribunales son considerados en forma colectiva con la Corte Suprema a la cabeza, no hay apelación posible contra la decisiones —que de hecho adopten. Según mi modo de ver, es menester dar por sentado más allá de toda duda (aun cuando tenga que admitir que es difícil suministrar una prueba detallada de esto) que jamás sería posible edificar un orden jurídico eficaz si no existiera dentro de la magistratura un sentimiento vivo y desinteresado de respeto y obediencia hacia la ideología jurídica en vigor. Es menester asumir que las normas jurídicas en sentido propio son observadas tan voluntariamente como las normas del propio ajedrez.

La cuestión es más complicada si volvemos nuestra atención a las normas de conducta en sentido figurado, esto es, aquellas que pueden derivarse de las normas de conducta propiamente dichas, por ejemplo, la sección 62 de la Ley Uniforme de Instrumentos Negociables según su contenido directo. La conciencia de que el comportamiento contrario a tales normas de conducta trae aparejado el riesgo de juicio, sentencia y ejecución, crea indudablemente un poderoso motivo para actuar de manera lícita. Esto está claramente confirmado por el incremento de los delitos en circunstancias excepcionales, cuando la policía y los tribunales no funcionan normalmente. Pero ésta no es la única razón. La mayor parte de las personas obedecen el derecho no sólo por temor a la policía y a las sanciones sociales extrajurídicas (pérdida de la reputación, de la confianza, etc.), sino también por respeto desinteresado al derecho. También el ciudadano ordinario está animado, en mayor o menor grado, de una actitud de respeto al derecho, a la luz de la cual los gobernantes aparecen como “poderes legítimos” o “autoridades”, las exigencias del derecho se hacen acreedoras al respecto, y la fuerza ejercida en nombre del derecho no es considerada como mera violencia, sino que resulta justificada como respaldo de aquél. Cuando las reglas del derecho están firmemente establecidas esta actitud se hace automática, de modo tal que no surgen impulsos de violar dichas normas. Podemos presumir que sólo muy pocas personas han tenido que reprimir alguna vez el deseo de cometer un homicidio.

Este componente de motivación desinteresada, de naturaleza ideológica, a menudo es descripto como conciencia moral producida por la observancia tradicional del orden jurídico. La ambigüedad de la palabra moral

puede causar malentendidos. Es verdad que la actitud que consideramos puede ser de una genuina desaprobación del acto ilícito, pero ello no es esencial. Por lo común esta actitud es más bien de carácter formal; va dirigida a las instituciones e importa el reconocimiento de “validez” como tal, independientemente de que las exigencias en las cuales ellas se manifiestan puedan ser aprobadas como “moralmente correctas” o justas. El derecho es el derecho y debe ser observado, dice la gente, y aplica esta máxima aun en aquellos casos en que las exigencias del derecho están en conflicto con las ideas de justicia aceptadas. Para distinguir esta actitud de la actitud “moral” genuina la llamaremos conciencia jurídica “formal” o “institucional”, mientras que a la última la llamaremos conciencia jurídica “material” o “moral”. □