

**CAPÍTULO IX**  
**LAS FUNCIONES DEL DERECHO**

1. Las funciones sociales del derecho .....	209
2. Funciones primarias .....	213
3. Funciones secundarias e indirectas.....	221
4. Sobre la clasificación de disposiciones jurídicas de H. L. A. Hart.....	223

## CAPÍTULO IX

### LAS FUNCIONES DEL DERECHO\*

El concepto de las funciones del derecho es obviamente de importancia capital para cualquier teoría del derecho que intente una explicación general de la naturaleza del derecho. Al igual que muchos otros conceptos teórico-jurídicos, el de las funciones del derecho es relevante, también, para muchas otras disciplinas relacionadas con el derecho. Es apropiado para las consideraciones de los abogados, jueces y funcionarios que se enfrentan a problemas sobre la interpretación y aplicación correcta del derecho. Es relevante para los sociólogos y politólogos que desean explicar la interacción del derecho con otras normas e instituciones sociales. Es indispensable para los teóricos de la moral y la política que elaboran principios generales a los cuales el derecho debe conformarse y por cuya desviación el derecho debe ser criticado. De forma más indirecta el concepto de las funciones del derecho es también de interés para la filosofía normativa puesto que ésta se ocupa de una explicación general de las funciones de las normas, la cual es parte de la elucidación de la naturaleza de los sistemas normativos, sean jurídicos, morales, sociales u otros.

Teniendo en mente la importancia del concepto, es poco sorprendente que enunciados relacionados con las funciones jurídicas sean siempre encontrados en muchas explicaciones que se ocupan del derecho. Sin embargo, es sorprendente que los teóricos del derecho hayan puesto tan poca atención a la dilucidación de tan importante noción. No es que los teóricos del derecho no se hayan pronunciado sobre las funciones del derecho. En realidad tales pronunciamientos han sido frecuentemente hechos. Sin embargo, éstos fueron hechos muchas veces en un intento por enfatizar una particular manera de considerar el derecho, la que el filósofo respectivo pensó, la más de las veces de forma correcta, que había

\* Publicado anteriormente en Simpsom, A. W. B. (Ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2nd series, Oxford, University Press, 1973, pp. 278-304.

sido descuidada. No fueron hechos para ser clasificaciones comprehensivas de las funciones del derecho.

Considérense, por ejemplo, los siguientes pasajes:

Con el propósito de entender el derecho de ahora, me contento con la imagen de satisfacer, las más que podamos, de la masa total de necesidades humanas con el menor sacrificio.<sup>1</sup>

El derecho es la empresa de someter la conducta humana al gobierno de normas.<sup>2</sup>

Las normas de un orden jurídico regulan el comportamiento humano.<sup>3</sup>

¿De qué se trata, entonces, esta cuestión del derecho? Se trata de hecho de que nuestra sociedad está repleta de disputas. Disputas efectivas y potenciales, disputas que deben ser resueltas y disputas que deben de ser prevendidas.<sup>4</sup>

Todos estos enunciados son correctos e importantes, todos ellos llaman la atención a aspectos importantes del derecho o a formas esclarecedoras de considerarlo. Sin embargo, curiosamente es difícil evaluarlas, e incluso juzgar si son compatibles o no. Parecería que esta dificultad no se supera completando más el contexto en el cual tales enunciados fueron hechos, puesto que lo que todos estos filósofos no logran proporcionarnos es un esquema comprensivo razonado de clasificación de las funciones del derecho. El propósito de este capítulo es contribuir a la elaboración de tal clasificación general.<sup>5</sup>

Antes de emprender esta tarea, dos ulteriores aclaraciones son oportunas.

Los filósofos tienen ocasión de referirse a las funciones del derecho al menos en tres diferentes contextos. Algunos se ocupan de las funciones que todos los sistemas jurídicos necesariamente realizan, considerando, así, ciertas funciones como parte de la defi-

<sup>1</sup> Pound, Roscoe, *Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Conn. The Yale University Press, 1961, p. 47. (Existe traducción al español de Fernando Barrancos y Vedia, *Introducción a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, tipográfica Editora Argentina, S. A., 1972, p. 67.)

<sup>2</sup> Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1976, p. 106.

<sup>3</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, *Cit.*, p. 32 (en el original el autor transcribe de *The Pure Theory of Law*, *cit.*, p. 31. *Cfr. Teoría pura del Derecho*, *cit.*, p. 45).

<sup>4</sup> Llewellyn, K. N., *The Bramble Bush*, Dubbs Ferry, New York, Oceana Publications, 1960, p. 12.

<sup>5</sup> No es mi propósito explicar el concepto de función.

nición de un sistema jurídico o como implicada por tal definición y ciertos hechos universales de la naturaleza humana. (Como la definición de un sistema jurídico no debe ser arbitraria sino tiene que ser justificada, la afirmación de que todo sistema jurídico necesariamente realiza ciertas funciones es, si esto es verdad, extremadamente importante.) Similamente, la realización de ciertas funciones podría ser una característica definitoria de ciertas ramas del derecho (*e.g.* el derecho de contratos o el derecho penal, etcétera). Por otro lado, los teóricos están frecuentemente interesados no en funciones realizadas por todos los sistemas jurídicos, sino en aquellas funciones realizadas por algunos o por la mayoría. Su empresa puede residir en comparar el grado en el cual tales funciones son llevadas a cabo y las técnicas por las cuales son promovidas en varios sistemas jurídicos. Finalmente, los teóricos están interesados en pretender que los sistemas jurídicos en general, o bajo ciertas circunstancias, deben realizar ciertas funciones de cierta manera. Más que llevar adelante cualquiera de tales pretensiones, el objetivo de este capítulo es ayudar a formular un esquema clasificatorio general en uso del cual tales afirmaciones pueden ser hechas y evaluadas.

Dicha tarea clasificatoria puede ser llevada a cabo en gran detalle. Únicamente las más generales clasificaciones serán propuestas aquí en tanto que solamente ellas son susceptibles de justificar interés general. Las clasificaciones más detalladas deben ser hechas dentro del marco de las categorías generales. La forma exacta en la que esto debe ser llevado a cabo depende, sin embargo, del propósito que se tenga, el cual varía de un contexto a otro.

### *1. Las funciones sociales del derecho*

La cuestión de las funciones sociales del derecho debe ser claramente distinguida de la clasificación de las normas jurídicas en distintos tipos normativos. El carácter normativo de una norma jurídica es una cuestión de sus propiedades lógicas. Es una cuestión de las implicaciones lógicas de un enunciado que afirma a tal norma. Las funciones sociales, por el otro lado, son consecuencias sociales del derecho intentadas o efectivas.

Distinguir entre diferentes tipos lógicos de disposiciones jurídicas es relativamente fácil, la clasificación se relaciona a aquella

de los enunciados normativos a la cual se agrega una doctrina de la individuación.<sup>6</sup> Es posible producir un esquema clasificatorio razonado y completo de los tipos de normas. El análisis de las funciones sociales del derecho reposa en una base más resbaladiza; no tenemos a nuestra disposición una guía firme para la clasificación, comparable al análisis de los tipos de normas. Es mucho más difícil proporcionar una clasificación con la pretensión de agotar todas las funciones sociales que los sistemas jurídicos hayan realizado. Es, inclusive, muy riesgoso sostener que todos los sistemas jurídicos necesariamente realicen alguna o todas aquellas funciones sociales en algún grado. Incluso es difícil proponer una clasificación muy general que sea más que un mero instrumento *ad hoc* útil para muy limitados propósitos, una clasificación que serviría como base firme para posteriores análisis del derecho realizados al igual por juristas, filósofos, sociólogos y polítólogos.

Un especial peligro aguarda cualquier análisis de las funciones sociales del derecho y es que pueden estar muy íntimamente vinculados a principios políticos y morales particulares, de forma que puede ser de ninguna utilidad para cualquiera que no respalde exclusiva y totalmente tales principios. El plan de Bentham para la ordenación natural del derecho es una buena ilustración de este peligro. Bentham tuvo la brillante idea de arreglar y exponer el derecho de forma en que no sólo facilitaría la memoria y haría fácil la recuperación de cualquier material jurídico relevante para abogados como para legos; también, permitiría a cualquiera observar cuáles serían los efectos sociales del derecho, haciendo de la crítica y reforma del derecho una cuestión sencilla. Pensó que había descubierto un método único de arreglar el derecho el cual lograría todos estos diversos propósitos. Las disposiciones jurídicas deben ser arregladas en base a las acciones que ordenan o prohíben:

En relación, pues, a tales acciones en particular, en tanto se encuentra entre los objetos del derecho, señalar a un hombre la *utilidad* o perjuicio de ellas, es el único camino para hacerle ver *claramente* aquella propiedad la cual es buscada por todo hombre... De la *utilidad* podemos, entonces, designar un *principio* que pueda servir para presidir y gobernar, por así decirlo, los arreglos que fueran

<sup>6</sup> Para una más extensa explicación, véase Raz, J., *The Concept of a Legal System*, cit., pp. 73 y ss. (En la edición de 1980 en el apéndice [Postscript] citado, el autor reformula algunas de sus tesis al respecto.)

hechos de las diferentes instituciones o combinación de instituciones que componen el objeto de esta ciencia... Gobernados en esta cuestión por un principio que es reconocido por todos los hombres, el mismo arreglo que sirviera para la jurisprudencia de cualquier país, serviría, con alguna variación, para la de cualquier otro. Aún más, la maldad de un derecho malo sería detectarlo, al menos, su utilidad se haría sospechosa, por la dificultad de encontrarle un lugar en tal arreglo.<sup>7</sup>

Al proponer su esquema para un arreglo natural Bentham no confunde los papeles del expositor y crítico del derecho. No confunde el derecho que es, con el derecho que debe ser. Sin embargo, su método de exposición del derecho que es, está hecho para servir también al crítico. Esto en sí es un propósito admirable que debería servir para todo análisis. El problema, sin embargo, es que la forma en que Bentham concibe la función del derecho está tan íntimamente vinculada a un particular modo de evaluarlo, en el caso, el suyo, que su esquema de un arreglo natural es probable que sea de poca utilidad para cualquiera que no sea un utilitarista de corte benthamita. El propósito del analista debe ser proponer una clasificación de las funciones sociales del derecho que sirva para el reformador, pero que no esté muy vinculado a algún punto de vista particular.

Espero que la clasificación propuesta más adelante evite todas estas fallas y exitosamente satisfaga todos los requerimientos mencionados. Me parece que todos los sistemas jurídicos necesariamente realizan, al menos en grado mínimo —que estoy imposibilitado de especificar—, funciones sociales de todos los tipos que habrán de mencionarse; y todas constituyen los principales tipos de funciones sociales que los sistemas jurídicos realizan. Estas afirmaciones no serán, sin embargo, desarrolladas aquí. Por el contrario, la clasificación será llevada adelante y explicada en lineamientos generales. Debe ser claro que el precio de hacer tales afirmaciones es que únicamente las categorías más generales y amplias de funciones pueden ser indicadas. Además de la necesidad de justificación, el análisis propuesto requiere una elaboración y refinamiento posterior.

Es posible adscribir toda norma jurídica a una categoría nor-

<sup>7</sup> Bentham, J., *A Fragment on Government*, Oxford, pp. 24 y 25. Véase, al respecto también: *Introduction to The Principles of Moral and Legislation*, p. 398-403; y *The Works of Jeremy Bentham*, editados por Bowring, J., 1863, p. 172.

mativa que explique su carácter normativo. No es posible adscribir una diferente función social a cada disposición o norma jurídica. Las funciones sociales son característicamente realizadas por instituciones jurídicas establecidas y reguladas por numerosas disposiciones jurídicas. Es más común investigar la función social del sistema bancario, de la propiedad, de la sociedad de responsabilidad limitada, del matrimonio, etcétera, más que investigar la función de cualquier disposición particular envuelta en la regulación de estas instituciones; aunque, ocasionalmente, es útil investigar también la función de las disposiciones jurídicas particulares. Aún más, una y la misma institución jurídica, en algunas ocasiones una misma disposición jurídica, realiza frecuentemente varias funciones sociales; no obstante el alto nivel de generalización en que el presente análisis es realizado es más fácil indicar un tipo de función realizado por cada institución.

Las funciones sociales del derecho pueden, provechosamente, ser divididas en funciones directas e indirectas. Las funciones directas son aquellas cuya realización se encuentra asegurada al obedecer y aplicar el derecho. Las funciones indirectas son aquellas cuya realización consiste en actitudes, sentimientos, opiniones y formas de comportamiento; no constituyen obediencia o aplicación de disposiciones jurídicas, sino que resultan del conocimiento de la existencia de las disposiciones jurídicas o de la conformidad a ellas o de su aplicación. Las funciones indirectas que las disposiciones jurídicas efectivamente realizan son resultado de su existencia o de seguir las y aplicarlas. Sin embargo, tiene que recordarse que los actos de seguir o aplicar las disposiciones jurídicas son, en sí mismos, parte de las funciones directas del derecho más que de las indirectas. Las pretendidas funciones indirectas de las disposiciones jurídicas son aquellos resultados que las disposiciones jurídicas tienen la intención de alcanzar, sean o no efectivamente logrados. Las funciones indirectas son muy frecuentemente realizadas no sólo como resultado de la existencia y aplicación de las disposiciones jurídicas, sino, también, como resultado de su interacción con otros factores tales como las actitudes de las gentes hacia el derecho y la existencia, en la sociedad respectiva, de otras normas e instituciones sociales. Las funciones directas del derecho frecuentemente dependen para su realización de factores similares, pero éste no es siempre el caso. Una persona puede conformarse a las disposiciones jurídicas que imponen obligaciones sin conocer

que existen. Puede ejercer facultades jurídicas sin darse cuenta que su acción tiene algún efecto jurídico. Aunque tales casos son efectivamente raros, es muy común que las personas cumplan sus deberes y ejerciten sus facultades por razones que nada tienen que ver con el derecho. Cuando así lo hacen contribuyen a la realización de las funciones sociales directas del derecho. Por ejemplo, restringir el uso de la violencia es una función directa del derecho, puesto que se logra cuando las disposiciones relevantes del derecho penal son obedecidas. Inculcar ciertos valores morales en la población es una función indirecta puesto que su logro consiste en algo más que mera conformidad al derecho.

Las funciones directas serán tratadas en primer lugar. Pueden ser únicamente divididas en funciones primarias y secundarias. Las funciones primarias visibles afectan la población general y en ellas se encuentra la razón y justificación de la existencia del derecho. Las funciones secundarias son las funciones del mantenimiento del sistema jurídico; hacen posible su existencia y funcionamiento. Deben ser juzgadas por su éxito en facilitar la realización de las funciones primarias del derecho. Así, proporcionar un servicio de salud nacional es una función primaria. Regular la operación de los órganos creadores del derecho, es una función secundaria.

## 2. *Funciones primarias*

Hay cuatro funciones primarias:

*i. Prevención de comportamiento indeseable y obtención (securing) de comportamiento deseable.* Esta función es primordialmente llevada a cabo por parte del derecho penal y del derecho de responsabilidad civil extracontractual (*law of torts*) se sirve de las prohibiciones del homicidio, del asalto,<sup>a</sup> de la privación ilegal de la libertad, difamación,<sup>b</sup> ciertas formas de conducta sexual, divulgación de secretos oficiales, etcétera, así como de las obligaciones de cuidado y diligencia al emprender actividades peligrosas, deberes de los pa-

<sup>a</sup> *Assault* comprende básicamente nuestros delitos de lesiones y amenazas. Supone siempre violencia física. Y puede incluir violación y estupro. Puede ser simplemente la perpetración de amenazas o cualquier tipo de agresión. N.T.

<sup>b</sup> *Libel* corresponde básicamente al delito de injurias. N.T.

dres y tutores, etcétera. Puede pretenderse que esta función es la más fundamental y elemental que el derecho realiza. Ha captado mucha atención y no hay necesidad de explicarla en detalle aquí. Es obvio que al hablar sobre conducta indeseable no se implica que tal conducta sea realmente indeseable, o que la mayoría de la población la considera indeseable. Es considerada así por el derecho. Tales puntos de vista son atribuidos al derecho de forma similar a como se le atribuyen las intenciones en el inciso anterior. Puede ser considerada indeseable por cualquier razón. Pero, y esto es importante recordar, siempre que un modo de comportamiento sea prohibido porque se considere que probablemente afectará de forma adversa alguna otra función social directa del derecho, no cae en esta categoría. Aunque esta función es predominantemente realizada por disposiciones jurídicas que imponen deberes, algunas veces supone, también, disposiciones que confieren facultades. De esta forma, el derecho puede otorgar ciertas facultades y hacer obligatorio su uso u abstención bajo ciertas circunstancias en virtud de que su uso se ha considerado deseable o indeseable.

*ii. Proveimiento de medios para la celebración de acuerdos privados entre individuos.* El grueso del derecho privado, así como extensas partes del derecho penal y del derecho de la responsabilidad civil, se ocupan de esa función. La mayoría de las instituciones de derecho privado sirven primordialmente a este propósito. Contratos, instrumentos negociables, propiedad privada, matrimonio, sociedades cooperativas, bancos, sindicatos, y otras formas de asociación son creadas, todas ellas, para servir esta función, todas ellas forman patrones de relaciones jurídicas en las cuales los individuos participan de propia voluntad cuando consideran que sirven a sus fines o son para el bien de alguien de cuyo bienestar están interesados.

Para establecer y regular tales instituciones se requiere tanto de normas que imponen deberes, como de las que confieren facultades y que dan origen a derechos dentro del derecho privado. Es un error pensar que únicamente derechos y facultades tienen que ver con esta función. Los derechos y facultades para celebrar contratos, adquirir y disponer de la propiedad, establecer sociedades, celebrar matrimonios, etcétera serían sin sentido si no fuera por el deber de cumplir los contratos, de respetar los derechos de

propiedad, etcétera. Los deberes impuestos por el derecho de la responsabilidad civil y el derecho penal con respecto a las instituciones hechas para la realización de esta función deben, por tanto, considerarse como contribuyendo a su realización. Tales deberes incluyen las disposiciones contra el allanamiento,<sup>c</sup> robo, etcétera; el deber de no causar daño por negligencia es un ejemplo de un deber que sirve tanto a la primera como a la segunda función. Sirve a la primera función protegiendo, *e.g.* a las personas contra daños físicos, y sirve a la segunda función protegiendo, *e.g.* la propiedad contra daños debidos a negligencia.

Al realizar esta segunda función, el derecho algunas veces proporciona medios para dar protección jurídica a los acuerdos que podrían ser logrados por medios no jurídicos. Frecuentemente, sin embargo, hace posible el logro de fines que no podrían haber sido alcanzados de otra forma en las sociedades humanas. Las personas pueden, y es frecuente, que celebren efectivamente acuerdos que no son jurídicamente obligatorios. Hombres y mujeres pueden, y algunas veces efectivamente establecen, relaciones permanentes fuera del matrimonio. La sociedad de responsabilidad limitada, sin embargo, hace posible la captación de capital de parte del público en general en un grado que no hubiera sido posible sin algunos acuerdos jurídicos.

Al prohibir, un comportamiento indeseable, el derecho dirige las actividades humanas en formas que encuentra apropiadas. El propio derecho decide los fines que son deseables o indeseables y limita la opción individual para garantizar el logro de los fines apropiados. Al proporcionar medios para la celebración de acuerdos privados entre individuos el derecho los ayuda a perseguir los fines que han elegido. No impone su voluntad a los individuos, sino les sirve en la realización de los suyos. La libertad de opción del individuo se encuentra restringida únicamente como consecuencia de sus libres decisiones y acciones previas.

Al hacer esto, el derecho hace que el uso de los medios proporcionados dependan de la observancia de varias condiciones. No permite a los individuos invocar la protección del derecho para cualquier acuerdo que ellos puedan desear. El derecho crea marcos dentro de los cuales los individuos tienen que realizar sus acuerdos y perseguir sus objetivos, si es que quieren disfrutar de

<sup>c</sup> *Trespass* corresponde básicamente al delito de allanamiento o cualquier intromisión ilegítima dentro a una propiedad. N.T.

protección jurídica. Tales restricciones son necesarias para proteger a una de las partes del convenio de ser explotada por la otra y para proteger a terceros de consecuencias injustas que los afecten y que sean resultado de acuerdos en los cuales no participaron. De ahí las diferentes restricciones a la libertad contractual, las limitaciones en las formas en las cuales las sociedades pueden constituirse y operar, etcétera. Mientras más amplia sea la protección jurídica proporcionada, más probablemente afectará a terceras personas y en consecuencia más serán las restricciones jurídicas a la libertad de los individuos a convenir sobre los términos de sus propios arreglos. De esta manera, en el derecho de los contratos los individuos tienen una amplia libertad de decidir los términos de sus convenios, toda vez que crean derechos *in personam* que afectan únicamente a las partes contratantes. Pero, los individuos tienen muy limitada opción para decidir el contenido de cualquier derecho *in rem* que puedan adquirir. Básicamente ésta es una operación de paquete. El derecho determina las consecuencias del derecho subjetivo y los individuos tienen que escoger si lo toman o lo dejan y decidir el precio. Similarmente, cuando menos iguales parecen ser las partes de un acuerdo, mayor será la tendencia del derecho a restringir su libertad. Estas últimas observaciones se refieren, por supuesto, a principios que deben guiar a los legisladores. No pretenden reflejar la forma en que el derecho siempre opera.

*iii. Proveimiento de servicios y redistribución de bienes.* Esta función ha alcanzado recientemente gran importancia, sin embargo, como lo muestran los siguientes ejemplos, siempre ha sido realizada por los sistemas jurídicos. El derecho realiza esta función haciendo arreglos de defensa contra enemigos externos (el mantenimiento del orden interno pertenece primordialmente a las funciones secundarias explicadas más adelante), proporcionando educación, servicios de salud pública, construcción y mantenimiento de caminos, alcantarillado y limpieza de basura, subsidio a industrias o actividades artísticas, pago de beneficio de seguridad social, etcétera.

En general, no es posible distinguir entre distribución de bienes y proveimiento de servicios. Cuando una disposición de reforma agraria es creada, o cuando se vuelve obligatorio el reparto de utilidades de las empresas entre los trabajadores, o cuando una

disposición jurídica prescribe una forma obligatoria de distribuir la propiedad inmueble de las personas fallecidas, claramente provee a la redistribución de bienes. Similarmente, cuando un servicio regulado jurídicamente es proporcionado como contraprestación a un pago basado en el costo incurrido. Como podría ser, por ejemplo, el caso de un servicio ferroviario del Estado; éste es un caso claro de servicios prestados sin ningún elemento de redistribución de bienes. Pero muchos de los servicios estipulados por el derecho son pagados completa o parcialmente del presupuesto general. Esto significa que son pagados, en gran medida, con los impuestos y nada garantiza que el monto de los impuestos pagados por un hombre sea proporcional al beneficio que obtiene de los servicios suministrados por el derecho o a su costo. Por tanto, no es posible separar, en general, el proveimiento de servicios de la redistribución de bienes.

Las observaciones anteriores realzan, también, el hecho conocido de que las disposiciones jurídicas fiscales sirven a esta función social. También sirven, por supuesto, a las funciones secundarias explicadas más adelante. Únicamente la prestación de servicios y la redistribución de bienes por parte de los organismos públicos que ejercen poderes públicos pertenecen a esta categoría. No incluye, por ejemplo, donaciones privadas o contratos de trabajo voluntarios. De ahí que sea principalmente el derecho público el que se encuentre implicado en la realización de esa función social. Tanto las disposiciones jurídicas que confieren facultades a los funcionarios y las disposiciones jurídicas que prescriben cómo tienen que ser ejercidas tales facultades, se encuentran implicadas, así como otros deberes. Muy frecuentemente el derecho otorga a los individuos el derecho a tales servicios, permitiéndoles ejecutar los deberes correlativos de los funcionarios en la prestación de servicios.

*iv. Resolución de disputas no reguladas.* Aquí habremos de sostener que las disposiciones jurídicas que regulan el funcionamiento de cortes, tribunales, árbitros, etcétera, realizan tanto funciones sociales primarias como secundarias. Los tribunales, árbitros, etcétera, realizan una función primaria al estipular procedimientos para la resolución de disputas no reguladas (no previstas); realizan una función secundaria, toda vez que establecen procedimientos para la resolución de disputas reguladas (previstas), esto es,

casos en que el derecho es claro y no puede ser modificado por el órgano judicial. Los tribunales, árbitros, etcétera, realizan ambas funciones cuando conocen de disputas parcialmente reguladas, esto es, disputas reguladas por el derecho existente que o bien no es claro o puede ser modificado por el órgano judicial (normalmente usaré *no regulada* incluyendo la disputa parcialmente regulada).

Es probable que tanto la distinción entre disputas reguladas y no reguladas, así como la correspondiente distinción entre funciones sociales del derecho, origine muchas objeciones. Tales distinciones, por tanto, serán explicadas con cierta extensión con la ayuda de tres modelos simplificados de diferentes tipos de sistemas normativos.

*Tipo A.* Permítasenos imaginar un sistema normativo que realiza todas o algunas de las primeras tres funciones. Puede tener o puede no tener procedimientos normativamente regulados para cambiar sus normas. Pero no contiene ninguna norma que estipule procedimientos por medio de los cuales pueden ser resueltas *autoritativamente* las disputas. Tal sistema normativo guiará el comportamiento y al hacerlo prevendrá muchas disputas potenciales. Cuando una disputa efectivamente surge, la referencia a las normas frecuentemente es de ayuda para alcanzar una solución convenida. Dos importantes rasgos caracterizan tal sistema: (1) No hay ningún medio *autoritativo* para decidir cuál es la solución correcta para las disputas gobernadas por las normas del sistema, esto es, disputas reguladas (previstas). (2) Habrá siempre disputas que no podrán ser resueltas mediante la simple referencia a las normas, ya sea porque el caso no es tratado por las normas tal y como existen en el momento en que éstas se presentan o porque las normas que existen en el momento son vagas con respecto a la cuestión en disputa. Éstas son disputas que no se encuentran completamente reguladas y el sistema no ayuda a su resolución.

*Tipo B.* El segundo tipo de sistema normativo es similar al primero, excepto por el hecho de que sus normas incluyen algunas autoridades establecidas para la resolución de disputas y regulación de su funcionamiento. Tales autoridades, sin embargo, tienen únicamente poder para resolver cuestiones de hecho y pronunciarse sobre la aplicación correcta de las normas existentes. Al enfrentar

casos no regulados por las normas existentes o con casos respecto a los cuales las normas existentes sean vagas, las autoridades simplemente declinarán el pronunciar cualquier decisión.<sup>8</sup> Un sistema de este tipo tiene tres rasgos distintivos: primero, tal sistema realiza, al menos, alguna de las tres primeras funciones sociales; segundo, provee a la resolución de disputas reguladas; tercero, no provee ningún medio para resolver disputas que no se encuentren completamente reguladas.

*Tipo C.*<sup>9</sup> Los sistemas normativos del tercer tipo son muy diferentes. Éstos no incluyen ninguna norma que guíe el comportamiento de los particulares ni realizan ninguna de las tres funciones sociales primeras. Todas las normas se ocupan únicamente de la institución de órganos para resolver disputas y regular su funcionamiento. Algunas veces, incluyen normas que imponen el deber de someter las disputas en conocimiento de los órganos relevantes.

Al conocer de una disputa el órgano puede resolverla en cualquier forma que desee. No establece sus razones y no está obligado a alcanzar decisiones similares en casos similares.

Este tipo de sistema puede también ser caracterizado con referencia a tres rasgos: Primero, no realiza ninguna de las primeras tres funciones sociales, y no hace nada para guiar el comportamiento humano en la vida diaria. No ayuda a prevenir disputas potenciales. Segundo, no hay en tal sistema disputas reguladas.<sup>10</sup> En tercer lugar, provee procedimientos para la resolución de todas las disputas no reguladas.

Los sistemas del tipo *B* difieren de aquellos del tipo *A* por tener órganos especiales que mejoran la eficiencia del sistema. Sus normas pueden ser idénticas en contenido, afectando las mismas disputas potenciales o efectivas y realizando las mismas funciones primarias. Pero los sistemas del tipo *B*, reconocen, además, medios para la resolución oficial y *autoritativa* de disputas, lo que, en los sistemas del tipo *A*, sólo puede abordarse informalmente. Por otro

<sup>8</sup> Puesto que no existe una clara línea divisoria entre las disputas reguladas y las no reguladas, los sistemas del tipo *B* no pueden existir. Es sin embargo útil considerarlos como un estadio intermedio entre los tipos *A* y *C*.

<sup>9</sup> Este tipo es descrito por Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 139 (Cfr. *El concepto de derecho*, cit., pp. 177-178). Véase, también, Dworkin, R. M., "Judicial Discretion", en *Journal of Philosophy*, vol. 60, 1963, p. 624.

<sup>10</sup> Paso por alto aquellas disputas que se refieren al funcionamiento de los órganos de composición de disputas.

lado, realizan una función secundaria adicional: proveen órganos aplicadores de normas; de esta manera mejoran la eficiencia del funcionamiento del sistema. Los sistemas del tipo *C*, por otro lado, no son más eficientes que aquellos del tipo *A*. Difieren no en sus funciones secundarias sino en sus funciones primarias. Ellos no impiden el comportamiento indeseable, ni tampoco proporcionan medios para los acuerdos privados ni proporcionan servicios a los individuos. Sin embargo, proveen procedimientos para la solución de disputas siempre que se presenten. Ellos realizan únicamente la cuarta de las funciones primarias.

Los sistemas jurídicos son una combinación de los tipos *B* y *C*. Proveen por la resolución tanto de disputas reguladas como de disputas no reguladas. Aunque, usualmente, hay ciertos tipos de disputas no reguladas en que los sistemas jurídicos rehusarán interferir. Muchos sistemas jurídicos al establecer algún principio de *stare decesis*<sup>4</sup> transforman automáticamente cada disputa no regulada, una vez que es conocida por los tribunales, en una disputa regulada, al menos en una parcialmente regulada. Por tanto, los sistemas jurídicos realizan la función primaria de proveer medios para la resolución de disputas no reguladas, así como la función secundaria de instituir órganos aplicadores del derecho para la resolución de disputas reguladas.

La distinción entre ambas funciones es oscurecida por el hecho de que usualmente los mismos órganos realizan las dos funciones. Más aún, esta distinción es oscurecida por el hecho de que muchas disputas son parcialmente reguladas. Hasta cierto grado esto es inevitable y se debe a la vaguedad inherente de las disposiciones jurídicas (tanto de normas como principios). Sin embargo, en una amplia proporción es política oficial de los órganos creadores del derecho usar términos muy indeterminados (*e.g.* razonable cuidado), de forma a dejar amplia discreción a los tribunales. Cuando se conoce de una disputa parcialmente regulada, los tribunales y, por tanto, las disposiciones que regulan su operación, realizan tanto funciones primarias como secundarias.

<sup>4</sup> Con respecto al principio de *stare decesi*, véase la nota *d* del capítulo III. N.T.

### *3. Funciones secundarias e indirectas*

*i. Funciones secundarias.* Las funciones sociales secundarias del derecho tienen que ver con el funcionamiento del propio sistema jurídico. Tales funciones proveen a su adaptabilidad, a su eficacia, y a su funcionamiento uniforme e ininterrumpido. Hay dos funciones secundarias: primera, la determinación de procedimientos para cambiar el derecho, y segunda, la regulación del funcionamiento de los órganos aplicadores del derecho. Adaptando la formulación de Kelsen: el derecho regula su propia creación y su propia aplicación.

El derecho regula su propia creación al instituir órganos y procedimientos para cambiar el derecho. Éstos incluyen órganos constituyentes, parlamentos, autoridades locales, reglamentos administrativos, costumbres, creación judicial del derecho, regulaciones hechas por organismos públicos autónomos, etcétera. El derecho regula su propia aplicación al crear y regular el funcionamiento de tribunales, policías y sistemas penitenciarios, varios cuerpos administrativos y ejecutivos, etcétera. En la realización de tales funciones se encuentran disposiciones jurídicas que aseguran los recursos financieros necesarios para el mantenimiento de tales órganos y disposiciones jurídicas que organizan el reclutamiento del personal apropiado. Esto es principalmente dominio del derecho público aunque un papel muy importante es jugado por el derecho penal en la realización de tales funciones. Tanto disposiciones que imponen deberes como que confieren facultades se encuentran implicadas en estas funciones.

La explicación revela la posición clave del sistema judicial en todos los sistemas jurídicos. Realiza la función primaria de resolver disputas no reguladas; realiza dos funciones secundarias: aplicación del derecho y creación del derecho. También realizan funciones indirectas importantes. En muchas sociedades los tribunales son las instituciones jurídicas más respetadas. Son frecuentemente, las instituciones más directamente conectadas con la idea del derecho y del Estado de derecho en la mente del público. Consecuentemente juegan un papel vital promoviendo el respeto por el derecho y por los valores respaldados por él.

A través de toda la explicación anterior se señaló repetidamente que las disposiciones jurídicas de todos los tipos normativos se encuentran involucradas en la realización de toda función social. Se enfatizó, además, que las disposiciones jurídicas que imponen deberes contribuyen a la realización de todas las funciones jurídicas. Las disposiciones jurídicas que imponen deberes aunque no son el único tipo de disposiciones jurídicas, son el último fundamento del derecho. Es sólo porque los otros tipos de disposiciones jurídicas tienen diferentes relaciones lógicas con las disposiciones jurídicas que imponen deberes, que aquellas que realizan todas las funciones que efectivamente realizan.

*ii. Funciones sociales indirectas.* Los efectos sociales del derecho que están tratados bajo este encabezamiento, casi siempre dependen, para su logro, de factores no jurídicos; especialmente de la actitud general hacia el derecho y de su interacción con normas sociales e instituciones. Algunas de estas funciones son realizadas por instituciones jurídicas específicas, otras por la existencia del propio sistema jurídico. Los efectos sociales indirectos del derecho son muchos y varían enormemente en naturaleza, extensión e importancia. Pueden incluir cosas que fortifiquen o debiliten el respeto dado a ciertos valores morales, por ejemplo: el respeto por la vida, reforzamiento o debilitamiento del respeto por la autoridad en general, afectación del sentimiento de unidad nacional, etcétera. El derecho ayuda a crear y mantener la estratificación social, algunas ocasiones ayuda a crear un sentimiento de participación en el gobierno del país; en ocasiones contribuye a crear un sentimiento de enajenación. Algunas disposiciones están creadas con la intención de tener efectos indirectos. Por ejemplo, el conferimiento de ciertos privilegios a ciertas clases de personas puede ser hecho con la intención de mejorar su *status*. Por tanto, la distinción entre funciones intentadas y funciones efectivas se aplica también a las funciones indirectas. El ejemplo anterior muestra, también, que, en ocasiones, asegurar las funciones indirectas es razón primordial para establecer una disposición jurídica. Considérese, por ejemplo, la excepción de conscripción para estudiantes universitarios como medida para incrementar la matricu-

lación a las universidades o imagínese una disposición que establece un impuesto al empleo como medio para incrementar la eficiencia en la industria y el comercio. Tales ejemplos deben hacer claro que los efectos indirectos del derecho, tal y como han sido concebidos aquí, están lejos de ser subproductos relativamente sin importancia del derecho. Son parte de su función esencial en cualquier sociedad. Los abogados y los juristas han prestado poca atención a las funciones indirectas del derecho. Los sociólogos y polítólogos les otorgan gran interés, pero las consideran un factor muy huidizo, difícil de precisar y cuantificar. No hay duda de que nuestro entendimiento del derecho se mantendrá parcial y deficiente hasta que las ciencias sociales logren abordar, de forma más completa, los problemas implicados en el tratamiento de las funciones indirectas del derecho.

#### *4. Sobre la clasificación de disposiciones jurídicas de H. L. A. Hart*

La clasificación de las funciones jurídicas delineadas aquí no ha revelado ninguna función desconocida del derecho. No fue hecha para eso. Las personas han pensado sobre el derecho bastante tiempo para descubrir todas sus funciones primordiales. Sin embargo, al explicarlas, frecuentemente han descuidado algunas y confundido otras. Mi objetivo en este capítulo ha sido intentar una clasificación comprehensiva de las principales funciones jurídicas, tratando de distinguir entre aquellas funciones que frecuentemente han sido confundidas y separar diferentes niveles de análisis. Hacer esto no resuelve los problemas de las funciones del derecho, meramente los presenta. Para evaluar los méritos y fallas de la clasificación propuesta, puede ser útil compararla con las ideas de otros autores. Voy a concluir este capítulo haciendo algunas observaciones (no se intenta un análisis completo) a la clasificación sugerida por H. L. A. Hart.

Los teóricos jurídicos de la escuela positivista, al concentrar su atención en el derecho penal, tienden a enfatizar la primera función primaria de prohibir comportamiento indeseable y descuidan las

otras funciones. Bentham, por ejemplo, pensó que al arreglar el derecho:

...el código penal debe preceder al código civil y al constitucional. En el primero, el legislador se manifiesta a todos los individuos, permite, manda, prohíbe, les señala a todos las normas de sus conductas. En los otros códigos tienen menos que ver con mandatos que con regulaciones y explicaciones, las cuales no se dirigen tan claramente a todos y no son de interés general para todos los afectados. . .<sup>11</sup>

En el concepto del derecho, H. L. A. Hart ha prestado especial atención a la segunda de las funciones primarias, la de proveer medios para los arreglos privados, así como a las funciones jurídicas secundarias. El análisis propuesto aquí es en gran medida una elaboración de sus ideas. Hart, sin embargo, no distingue claramente entre tipos normativos y funciones sociales. Consecuentemente, su teoría sugiere una relación simple entre tipos de normas y funciones sociales, de acuerdo con la cual las normas que imponen deberes realizan la primera función primaria; mientras que las normas que confieren facultades realizan la segunda función primaria. De hecho, ambas normas tienen que ver con cada una de tales funciones. Más aún, esta simplificada imagen de correlación *uno a uno* entre tipos de normas y tipos de funciones, oscurece el hecho de que los sistemas jurídicos realizan otras dos funciones primarias, las de proveimiento de servicios y resolución de disputas no reguladas.

La confusión originada por mezclar tipos normativos y funciones sociales aumenta cuando Hart se vuelca al examen de las funciones secundarias del derecho. A este nivel, nuevamente identifica tipos de normas con tipos de funciones sociales. Pero ahora con la distinción entre funciones primarias y secundarias. Al hacerlo oscurece la distinción entre función primaria de proveimiento de medios para los arreglos privados y la función secundaria de la creación del derecho. También oscurece el papel importante de las disposiciones que imponen deberes en la realización de las funciones secundarias. Finalmente, el lector descuidado, que lle-

<sup>11</sup> Bowring, J., *The Works of Jeremy Bentham*, cit., tomo 3, p. 161.

que a identificar la distinción entre normas primarias y secundarias con aquélla entre normas que imponen deberes y normas que confieren facultades, puede ser erróneamente conducido a considerar la regla de reconocimiento como confiriendo facultades; siendo que, de hecho, es una regla que impone deberes. Todas estas confusiones son causadas por el hecho de que la clasificación de normas en primarias y secundarias está hecha para servir dos propósitos incompatibles. En algunas ocasiones es considerada como una distinción entre tipos normativos y, en otras, como distinción entre funciones sociales.