

CAPÍTULO VI
LA NATURALEZA INSTITUCIONAL
DEL DERECHO

1. Introducción	135
2. Instituciones primarias	138
3. Los límites del derecho	144
4. La unicidad del derecho	149
5. La importancia del derecho	155

CAPÍTULO VI

LA NATURALEZA INSTITUCIONAL DEL DERECHO*

1. *Introducción*

Mi propósito es delinear un punto de vista sobre los rasgos distintivos de los sistemas jurídicos nacionales. La teoría general del derecho (*analytical jurisprudence*) se ocupa de tres áreas principales de problemas. Uno trata de los rasgos especiales del proceso jurisdiccional y del razonamiento jurídico. El segundo comprende el análisis de los conceptos jurídicos (*e.g.* derecho subjetivo, deber jurídico, propiedad, persona jurídica) y de los tipos de estándares jurídicos (reglas y principios, estándares que imponen deberes y estándares que confieren facultades). El tercer tipo de problemas gira alrededor de la idea de sistema jurídico y de las características que distinguen tales sistemas de otros sistemas normativos. Algunos de los problemas que pertenecen a esta área son con los que nos habremos de ocupar.

Puede ser útil comenzar por confesar algunos de mis prejuicios y hacer explícitos algunos de los presupuestos que se encuentran detrás de mis reflexiones. Uno de ellos puede ser llamado el presupuesto de la primacía de lo social. Estamos familiarizados con la distinción entre sistemas jurídicos que están en vigor (*in force*) en cierta sociedad y los que no están. Hay, ahora, un sistema jurídico en vigor en la Gran Bretaña y hay uno en vigor en Noruega. Pero el sistema jurídico que estuvo en vigor una vez en la república romana ya no lo está; tampoco está efectivamente en vigor en un país X el sistema jurídico propuesto por un grupo de académicos de tal país.

Si un sistema jurídico está o no en vigor en una sociedad depende de su impacto en el comportamiento de los individuos en la sociedad. La naturaleza precisa del criterio que determina si un

* Publicado con anterioridad en *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 19, 1974, pp. 94-111.

sistema está en vigor, es una cuestión controvertida de la cual no me ocuparé. Pero, como quiera que sea éste se refiere a las actitudes y respuestas de todos o ciertos sectores de la sociedad hacia el orden jurídico. ¿Lo conocen? ¿Lo respetan? ¿Lo obedecen?, etcétera. Esto me parece un hecho muy significativo. La razón es que si un sistema jurídico está o no en vigor no es simplemente otra pregunta sobre un sistema jurídico comparable con preguntas como las siguientes: ¿Es un sistema jurídico socialista o capitalista? ¿Es un sistema federal o no?, etcétera. Nosotros identificamos la cuestión de si un sistema está o no en vigor con la cuestión de su existencia. Un sistema jurídico existe si, y sólo si, está en vigor.

La relevancia de este argumento es que muestra que los sistemas normativos son sistemas jurídicos existentes en virtud de su impacto en el comportamiento de los individuos, *i.e.* en virtud de su papel en la organización de la vida social. Consecuentemente, cuando contemplamos los sistemas jurídicos como sistemas de disposiciones jurídicas, cuando consideramos su contenido y pasamos por alto el problema de si se encuentran efectivamente en vigor, si existen, debemos buscar aquellos rasgos que les permiten realizar un papel característico en la sociedad. Estos son los rasgos que distinguen a los sistemas jurídicos de otros sistemas normativos. Éste es el presupuesto de la primacía de lo social.

Esto no significa que los sistemas jurídicos no posean, también, otros rasgos característicos. Los sistemas jurídicos pueden, por ejemplo, tener ciertas características morales. Puede ser una verdad necesaria que todos los sistemas jurídicos se conformen a algunos valores morales y que un sistema (normativo) que viole tales valores no puede ser un sistema jurídico. Mi argumento meramente consiste en que si éste es verdaderamente el caso, entonces esas características morales necesarias del derecho son características derivativas. Si todos los sistemas jurídicos necesariamente poseen ciertas características morales, las poseen como resultado del hecho de que tienen otras propiedades las cuales le son necesarias para satisfacer su característico papel social.

Hay otros dos presupuestos que quisiera brevemente mencionar. El primero es el presupuesto de universalidad de acuerdo con el cual es criterio de adecuación de una teoría jurídica que ésta sea verdadera para todos los casos intuitivamente claros de sistemas jurídicos nacionales. Como una teoría jurídica tiene que ser verdadera para todos los sistemas jurídicos, los rasgos distintivos a

través de los cuales la teoría jurídica los caracteriza tienen, por necesidad, que ser muy generales y abstractos. Tiene que pasar por alto aquellas funciones que algunos sistemas jurídicos realizan en ciertas sociedades, en razón de específicas condiciones sociales, económicas o culturales. Tiene que basarse sólo en aquellos rasgos que los sistemas jurídicos tienen que poseer, con independencia de las circunstancias especiales de las sociedades en las cuales se encuentran en vigor. Ésta es la diferencia entre filosofía jurídica y sociología del derecho. Esta última se ocupa de lo contingente y particular; la primera, de lo necesario y universal. La sociología del derecho proporciona gran abundancia de información detallada y de análisis de las funciones del derecho en sociedades particulares. La filosofía del derecho tiene que contentarse con aquellas pocas características que todos los sistemas jurídicos necesariamente poseen.

Mi tercer presupuesto ha sido ya incorporado en mi segundo criterio de adecuación al ser éste restringido a los sistemas jurídicos nacionales. Esto puede ser llamado el presupuesto de la importancia del derecho nacional. Éste refleja nuestra percepción intuitiva, o al menos la mía, de que los sistemas jurídicos nacionales son suficientemente importantes y difieren suficiente de la mayoría de los otros sistemas normativos para merecer ser estudiados de forma independiente. Los sistemas jurídicos constituyen una forma de organización social, o parte de ella, la cual es importante y, al mismo tiempo, diferente de la mayoría de las otras y, por tanto, debe ser objeto de un estudio separado. Ciertamente, la investigación de los sistemas nacionales está hecha, en parte, para compararlos y contrastarlos con otros sistemas normativos. Es a este aspecto al que el presente capítulo se refiere. En el curso de tal investigación puede resultar que los sistemas nacionales no son únicos, que todas sus características esenciales son compartidas, digamos, por el derecho internacional o por el derecho eclesiástico. Si esto es así, ¡enhorabuena! Pero no es requerimiento de la adecuación de una teoría jurídica que ésta deba ser así o que, verdaderamente, ésta no deba ser así. Sin embargo, es un criterio de adecuación el que la teoría exitosamente esclarezca la naturaleza de los sistemas (jurídicos) nacionales.

2. *Instituciones primarias*

Muchos filósofos del derecho, si no es que todos, han estado de acuerdo en que uno de los rasgos definitorios del derecho reside en que éste constituye un sistema normativo institucionalizado. Dos tipos de instituciones han merecido atención especial: las instituciones aplicadoras de normas, tales como los tribunales, la policía, etcétera; y las instituciones creadoras de normas, tales como las asambleas constituyentes, parlamentos, etcétera. En otro lugar he sostenido que la existencia de instituciones creadoras de normas, aunque características de los sistemas jurídicos modernos, no son un rasgo necesario de todos los sistemas jurídicos; pero la existencia de cierto tipo de instituciones aplicadoras de normas sí lo es. Permítaseme tratar de decir algo acerca de la naturaleza de esas instituciones, las cuales son parte necesaria de todo sistema jurídico.

¿Cuáles son los rasgos distintivos de un órgano aplicador de normas? Ésta es obviamente una cuestión difícil. Sólo tenemos que ver la disputa sobre la naturaleza de los tribunales para darnos cuenta de las dificultades. Juristas y sociólogos han proporcionado varias explicaciones incompatibles y la batalla se encuentra en pleno fragor. Dado el historial de desacuerdo, la primera cuestión que hay que resaltar es que los diferentes teóricos que estudian esta cuestión abordan realmente una diversidad de problemas.

Los juristas que estudian los rasgos definitorios de 'un tribunal' o 'una corte' pueden estar interesados en resolver cualquiera de una variedad de problemas jurídicos que surgen dentro de un sistema jurídico específico: cierto tribunal en tal sistema puede tener un poder de revisión de todas las resoluciones judiciales pronunciadas por órganos judiciales; el derecho probatorio o alguna de sus disposiciones puede aplicarse a procedimientos sustanciados ante todos los órganos judiciales; etcétera. Cuando un jurista enfrenta la cuestión: '¿qué es un tribunal?' usualmente está interesado en uno o más de los muchos problemas que tales disposiciones jurídicas originan. ¿El órgano *A* es un órgano judicial sometido al poder de revisión del tribunal referido? ¿Los principios generales del derecho probatorio se aplican a los procedimientos sustanciados ante *A*?, etcétera.

Los científicos sociales tienen sus propios problemas los cuales son completamente diferentes, aunque usualmente relacionados,

indirectamente, con aquellos del jurista. Pueden estar interesados en la clasificación de diferentes métodos sociales de resolución de conflictos o de diferentes canales de interposición de demandas, etcétera. Nuestro propósito en la búsqueda de los rasgos distintivos de las instituciones aplicadoras de normas es primordialmente establecer la naturaleza del tipo de instituciones cuya presencia es un rasgo definitorio de los sistemas jurídicos. Una respuesta adecuada a nuestro problema no necesita ser una respuesta que satisfaga los problemas del jurista o los del sociólogo; tampoco pretende resolver tales cuestiones.

Algunos autores han intentado definir los órganos judiciales y otros órganos aplicadores por la función social que realizan. Otros han buscado una respuesta en las normas que establecen tales instituciones. Seguiré este último tipo de enfoque. Las instituciones aplicadoras de normas son, primero que nada, instituciones normativas establecidas por normas y a éstas debemos recurrir para encontrar una clave de su identidad. Puede ser verdad que las instituciones son establecidas para la realización de ciertas funciones sociales, pero es probable que las mismas funciones puedan ser y sean realizadas igualmente a través de otros medios. Las instituciones aplicadoras de normas deben, por tanto, ser identificadas por la forma en que ellas realizan sus funciones, más que por las funciones mismas. Esto no disminuye la importancia del estudio de las funciones que las instituciones realizan, simplemente significa que las instituciones tienen que ser identificadas por otros medios.

Se podría decir de los sistemas jurídicos que cada acto de un funcionario público consistente en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de una facultad regulativa es generalmente considerado un acto aplicador de derecho. Un oficial de policía que arresta a un sospechoso, un funcionario que otorga una licencia de comerciante, un tribunal que pronuncia una sentencia que ordena a Doe pagar una suma de dinero a Roe —todos estos actos son comúnmente considerados instancias de aplicación de derecho por funcionarios públicos—. Estos casos difieren de actos similares de los particulares que pagan impuestos, celebran contratos, emiten órdenes a sus empleados, etcétera, sólo por ser, aquéllos, actos de funcionarios públicos. Por tanto, la interpretación más general de 'instituciones aplicadores de normas', las hace idénticas a las instituciones públicas (en uno de los sentidos de la palabra 'pública').

¿Cuáles son los rasgos distintivos de los funcionarios públicos? Éste es un problema importante y difícil a la vez. Sin embargo, es un problema que lo mejor es evitar aquí, puesto que aunque encontraremos funcionarios públicos en todos los sistemas jurídicos, no todos ellos tienen que existir en el sistema, si éste ha de pasar por sistema jurídico. Por el contrario, vamos a tratar de identificar una subclase de instituciones aplicadoras de normas, a saber: aquellas cuya presencia es necesaria en todos los sistemas jurídicos.

El contraste terminológico entre 'creación de normas' y 'aplicación de normas' conduce la atención a una clase importante de instituciones aplicadoras de normas —aquellas que aplican normas sin crear otras, sino implementándolas físicamente—. Los tribunales aplican el derecho pronunciando sentencias las cuales son, a su vez, normas. El establecimiento penitenciario o los funcionarios públicos a los cuales se les ordena derribar una casa contra la cual se ha emitido una orden de demolición, físicamente ejecutan el derecho. Voy a llamar a las instituciones aplicadoras de normas de este tipo: instituciones ejecutoras de normas. No hay duda que las instituciones ejecutoras de normas juegan un papel importante en todos los sistemas jurídicos modernos. Sin embargo, no pueden ser consideradas como la clave para identificar los sistemas jurídicos. Aunque todos los sistemas jurídicos regulan el uso de la fuerza y descansan, en última instancia, en la fuerza para asegurar la conformidad al derecho, no todos necesitan tener instituciones jurídico-ejecutoras. Puede haber sistemas normativos que comparten todas las características de los sistemas jurídicos y que no poseen maquinaria jurídico-ejecutora. Una vez pronunciada la sentencia, su ejecución es dejada a las partes del conflicto. En tal sistema un individuo no está autorizado a hacer uso de la fuerza para garantizar sus derechos cuando él quiera. Está obligado a dirigirse a un tribunal y obtener una declaración autoritativa de sus derechos. Pero, una vez que esté en posesión de la decisión, está facultado a implementarla usando razonablemente la fuerza y puede estar facultado a autorizar a otros a usarla en su nombre para tal efecto. Tal sistema es obviamente un sistema jurídico. Dicho sistema no tiene instituciones jurídico-ejecutoras, pero tiene otras instituciones aplicadoras de normas que le aseguran ser considerado un sistema jurídico.

Tenemos, por tanto, que buscar en otra parte el tipo de insti-

tuciones aplicadoras de normas que son cruciales para nuestro entendimiento de los sistemas jurídicos. Voy a sugerir que el tipo de instituciones que estamos buscando son aquellas que combinan la creación y aplicación normativa en una forma especial. Permítasenos llamar a estas instituciones órganos primarios (aplicadores de normas) para indicar su importancia. Las instituciones primarias son sólo un tipo de instituciones aplicadoras de normas. Los órganos ejecutores de normas son otro tipo de estas instituciones y existen otros. Los órganos ejecutores de normas se ocupan de la implementación física de las normas y ello determina su carácter de aplicadores de normas. Los órganos primarios se ocupan de las determinaciones *autoritativas* de conformidad con las normas preexistentes. Considérese los órganos judiciales. Las cortes y los tribunales tienen facultad para determinar los derechos y deberes de los individuos. Pero ¿qué acaso no puede una persona hacer lo mismo? ¿Qué no puede Juan determinar si debe 100 libras a Alan o si Pablo debe dinero a Jack? Esta persona bien puede ignorar los hechos, pero, al igual que un tribunal, puede investigarlos. Puede ignorar el derecho, pero, al igual que un tribunal, puede estudiarlo. La diferencia entre un tribunal y un particular no es meramente que los tribunales se encuentren dotados de mejores facilidades para determinar los hechos del caso y el derecho aplicable a los mismos. Los tribunales tienen facultades para pronunciar una determinación *autoritativa* de la situación jurídica de las personas. Los particulares pueden expresar su opinión al respecto, pero sus opiniones no son obligatorias.

El hecho de que un tribunal pueda pronunciar una decisión obligatoria no significa que no pueda equivocarse. Significa que su decisión es obligatoria aun si está equivocada. Mi declaración sobre la situación jurídica no es obligatoria en absoluto porque no es obligatoria si está equivocada. Ser una aplicación de una norma significa ser obligatoria aun si está equivocada, esto es, aun si es, de hecho, una mala aplicación de la norma. Esta formulación aparentemente paradójica clarifica la naturaleza y función de los órganos primarios aplicadores de normas.

La paradoja es generada por el siguiente problema: ¿Cómo podemos decir de una determinación (decisión o declaración) que aplica una norma preexistente y que, a la vez, es obligatoria? Podemos sentir que una determinación (decisión o resolución) la consideramos aplicadora de normas si simplemente determina qué dere-

chos y obligaciones tienen los individuos en virtud de normas preexistentes; mientras que consideramos una determinación como obligatoria sólo si ésta cambia los derechos y obligaciones de los individuos. Únicamente con respecto a una nueva norma que impone deberes a los individuos o que los releva de ellos, que les otorga derechos o les priva de ellos, podemos preguntar si es o no válida. Si la determinación pretende meramente definir qué derechos y obligaciones ya tienen los individuos sin pretender cambiarlos, entonces la única cuestión que surge es si la determinación es correcta o incorrecta. La cuestión de la fuerza obligatoria surge sólo con respecto a determinaciones creadoras —aquellas que cambian las situaciones normativas—. Las determinaciones creadoras pueden ser obligatorias o no, pero no pueden ser correctas o incorrectas. Lo opuesto es verdadero para las determinaciones aplicativas.

Dentro de esta perspectiva una determinación no puede ser, a la vez, obligatoria y aplicadora de normas. Esto, sin embargo, es un enfoque muy restrictivo del sentido de 'obligatorio'. Una determinación puede ser obligatoria aun si no cambia la situación normativa, siempre que hubiera sido obligatoria de haberla cambiado. Considérese una nueva legislación la cual, aunque sus autores puedan no estar conscientes de ello, meramente repite el contenido de una ley anterior válida. La nueva legislación puede ser juzgada válida o inválida, aun cuando es claro que ella no cambia los derechos o las obligaciones de nadie. El argumento es que si es válida hubiera cambiado la situación jurídica de no haber estado en vigor la antigua ley. En el mismo sentido, la determinación del tribunal de que Doe debe dinero a Roe es obligatoria aun cuando la deuda haya existido en virtud de una norma preexistente, toda vez que ésta es obligatoria aun si no hubiera habido deuda sino sólo en razón de la decisión del tribunal —de ahí mi formulación original de que una determinación aplicadora de normas es obligatoria sólo si es obligatoria aun cuando esté equivocada.

Estamos ahora en situación de describir las características definitorias de los órganos primarios aplicadores de normas: son instituciones con facultades para determinar la situación normativa de específicos individuos. A dichos órganos se les requiere para que ejerciten tales poderes mediante la aplicación de normas existentes; pero sus decisiones son obligatorias aun si están equivocadas.

das. Algunos comentarios sobre esta caracterización es conveniente hacer aquí.

i. La definición intenta identificar un tipo de institución. La naturaleza de las instituciones en general es presunta y no se encuentra explicada en dicha definición. Es importante insistir que el problema que nos ocupa es el de las *instituciones* primarias. Los sistemas jurídicos no son identificados sólo por el hecho de que contienen normas que confieren poderes o facultades para pronunciar determinaciones aplicativas de carácter obligatorio. Los sistemas jurídicos tienen que contener normas que confieren tales poderes o facultades a instituciones, *i.e.* a órganos centralizados que concentran en sus manos la autoridad de pronunciar determinaciones aplicativas de carácter obligatorio.

ii. Las cortes, tribunales, y otros cuerpos judiciales son los ejemplos más importantes de órganos primarios. Pero otros funcionarios, tales como los oficiales de policía, pueden ser, también, órganos primarios. Existen razones obvias para imponer a los órganos primarios el deber de seguir procedimientos judiciales, pero esto no necesita ser siempre el caso. Sin embargo, parece efectivamente razonable suponer que la noción de institución primaria proporciona un paso necesario en cualquier intento por analizar la naturaleza de las instituciones judiciales.

iii. La definición de órgano primario puede que tenga que ser refinada. Tal y como está se aplica a determinaciones finales y absolutamente obligatorias. Necesita ser modificada para permitir la posibilidad de impugnación, de re-enjuiciamiento, etcétera, así como, también, la posibilidad de que la determinación sea obligatoria para ciertos efectos pero no para otros. En muchos sistemas jurídicos existen determinaciones aplicativas que son obligatorias únicamente con respecto a cursos de acción que resultan de las determinaciones del litigio.

iv. La definición identifica órganos primarios por su facultad de pronunciar determinaciones aplicativas de carácter obligatorio. Esto es compatible con el hecho de que las mismas instituciones tengan otras facultades y funciones. En particular los tribunales frecuentemente tienen facultad de crear precedentes y de establecer

reglas generales; la facultad de dirigir órdenes a los individuos para que realicen ciertos actos y la facultad de determinar *autoritativamente* los hechos del caso (doctrina de la *res judicata*). Todas estas facultades son completamente diferentes; cuando mucho, se entrecruzan con la facultad de pronunciar determinaciones aplicativas de carácter obligatorio. Las determinaciones aplicativas son determinaciones sobre los derechos u obligaciones de los individuos en situaciones concretas y son completamente diferentes de la facultad de crear precedentes o de la facultad de emitir órdenes indicando a los individuos que paguen daños o multas o que sean encarcelados, etcétera, puesto que estas facultades no consideran sus obligaciones o los derechos de otros. Las determinaciones aplicativas están más íntimamente relacionadas con las sentencias declarativas. De hecho, la definición sugiere que un juicio declarativo es un ingrediente de muchas decisiones de los tribunales. Ésta es parte de los efectos de la doctrina de la *res judicata*. Sin embargo, esta doctrina es más amplia y se aplica, también, a los fallos que se refieren a cuestiones puramente fácticas y no sólo a las determinaciones sobre derechos y deberes en situaciones particulares.

3. *Los límites del derecho*

Mi argumento es que nuestro entendimiento común de los casos intuitivamente claros de sistemas nacionales confirman que todos ellos contienen instituciones primarias y que tales instituciones juegan un papel crucial en nuestro entendimiento de los sistemas jurídicos y su función en la sociedad. El análisis de las condiciones de existencia así como de las condiciones de identidad de los sistemas jurídicos depende de las reglas que gobiernan el funcionamiento de las instituciones primarias y su comportamiento efectivo. Aún más, parece razonable suponer que el derecho difiere de cualesquiera otros métodos de control social al proveer una maquinaria para la solución *autoritativa* de las disputas. La exploración de estas cuestiones nos llevaría más allá de los límites del presente capítulo.

Me gustaría, sin embargo, señalar una de las consecuencias de la existencia necesaria de instituciones primarias. Hemos visto que su presencia significa que el derecho proporciona un método para la solución de disputas. Es importante observar que es un

método especial de solución de disputas. Considérese un sistema normativo conteniendo únicamente normas (*rules*) que establecen tribunales y regulan su funcionamiento. Cuando una controversia es sometida al conocimiento de un tribunal, ésta será *autoritativamente* resuelta con su decisión, puesto que el sistema incluye una norma para tal efecto. El sistema contiene una norma que hace obligatorio observar las decisiones de los tribunales y provee, para su ejecución, fuerzas policíacas creadas únicamente para tal propósito. En tal sistema los tribunales pueden resolver cualquier disputa en la forma que ellos deseen. No hay estándares legislados, consuetudinarios o de cualquier otro tipo que tengan que aplicar. Tampoco tienen que seguir sus propios precedentes. Los tribunales de este sistema peculiar no están facultados a decidir de manera arbitraria, están instruidos por una norma del sistema a pronunciar la decisión que les parezca la mejor en las circunstancias, tomando en cuenta todas las consideraciones que les parezcan relevantes. Como los tribunales tienen que actuar en virtud de razones y como las razones son generales, podríamos esperar alguna regularidad en las decisiones de los tribunales. El juez que conoce de dos casos muy semejantes el mismo día es probable que llegue a la misma decisión en ambos. Sin embargo, los casos serán conocidos por muy diferentes jueces y los jueces pueden cambiar su opinión así como olvidar los argumentos complejos e intrincados, etcétera. Consecuentemente es poco probable que las decisiones de los tribunales, durante un cierto período de tiempo, reflejen una línea consistente sobre cualquier cuestión. El grado de regularidad dependerá de factores contingentes, tales como el número de jueces, el grado de uniformidad de su ambiente social, etcétera.

Es muy improbable que tal sistema haya existido o vaya a existir. Imaginé un sistema de esta naturaleza simplemente porque se asemeja a los sistemas jurídicos, en tanto que tiene tribunales con facultades para resolver disputas. Por tanto, para contrastar tal sistema con los sistemas jurídicos será mejor observar qué otros rasgos poseen necesariamente los sistemas jurídicos. Como los jueces no están obligados a seguir ningún estándar común y pueden decidir como quiera que ellos piensen que es mejor, el sistema referido no proporciona ninguna guía a los individuos sobre cómo comportarse para tener derecho a una decisión en su favor, si una disputa surgiera. Por el contrario, los sistemas jurídicos, de he-

cho, sí proporcionan guías a los individuos; contienen disposiciones jurídicas que determinan sus derechos y obligaciones. Éstas constituyen disposiciones jurídicas que los tribunales están obligados a aplicar en la solución de disputas; por ello, también proporcionan una indicación a los individuos sobre sus derechos y obligaciones en el litigio ante el tribunal.

¿Estoy meramente afirmando lo que es obvio, *i.e.* que los sistemas jurídicos tienen que contener disposiciones jurídicas, incluyendo algunas que son dirigidas a la población en general? Pienso que dos consecuencias se encuentran en lo que he dicho, consecuencias que distan mucho de ser triviales. En primer lugar, el derecho contiene normas que guían el comportamiento así como instituciones para evaluar y juzgar el comportamiento. La evaluación se basa en las mismas normas que guían el comportamiento. En efecto, el criterio por el cual determinamos si una norma pertenece a un sistema es, bruscamente dicho, que ésta es una norma que los tribunales deben de aplicar cuando juzgan y evalúan el comportamiento.¹ De esta forma puede decirse que el derecho posee su propio sistema interno de evaluación. Podemos calificar el comportamiento desde el punto de vista jurídico, y el punto de vista jurídico lo constituyen las normas por las cuales los tribunales se encuentran obligados a evaluar el comportamiento, normas que son las mismas que son jurídicamente obligatorias para los individuos cuyo comportamiento es evaluado.

La segunda consecuencia importante de la diferencia entre el derecho y un sistema de discreción absoluta como el descrito anteriormente es que los sistemas jurídicos contienen disposiciones jurídicas, y, en efecto, de eso consisten; disposiciones jurídicas que los tribunales están obligados a aplicar con independencia de su opinión sobre sus méritos. Una formulación más precisa sería: los sistemas jurídicos consisten de disposiciones jurídicas que los tribunales están obligados a aplicar a las que no están en libertad de pasar por alto cuando encuentren indeseable su aplicación, todas las cosas consideradas. De ahí no se sigue que los tribunales tengan que ser concebidos como máquinas computadoras, aplicando siempre reglas preexistentes, pasando por alto sus propias opiniones sobre cuáles reglas o cuáles decisiones son las correctas. Pero sí se sigue que los tribunales tengan que aplicar un cierto cuerpo de

¹ Una modificación a este criterio es introducida en la siguiente sección.

disposiciones jurídicas con independencia de sus opiniones sobre sus méritos y que les esté permitido actuar en base a sus propias opiniones sólo hasta donde esto es permitido por dichas disposiciones jurídicas. El derecho algunas veces instruye a los jueces para decidir los casos mediante cualquier principio que ellos encuentren justo o apropiado.² En muchos otros, el derecho requiere que los tribunales pronuncien sentencias en cuestiones para las cuales el cuerpo de disposiciones jurídicas, que los tribunales están obligados a seguir, no proporciona una respuesta correcta. En virtud de la vaguedad, textura abierta e incompletitud de todos los sistemas jurídicos, hay muchas disputas para las cuales los sistemas no proporcionan respuesta correcta. Aun si el sistema jurídico excluye ciertas soluciones incorrectas, existen otras que no son ni correctas ni incorrectas jurídicamente. Si el sistema requiere, con respecto de alguno de estos casos, como todos los sistemas jurídicos de hecho hacen, que los tribunales no se deben rehusar a resolver las disputas sino que deben pronunciar un fallo, entonces se les requiere, así, resolver el caso de acuerdo a su propia percepción de lo que es correcto. No es necesario decir que, aun en tales casos, su discreción puede estar limitada por principios jurídicos generales, pero estos no eliminan el elemento de juicio personal sobre los méritos del caso.

Podría pensarse que existe una objeción que destruye la opinión que acabamos de expresar. En muchos sistemas jurídicos, por ejemplo, en todos los sistemas judiciales del *Common Law*, existen tribunales con facultades no sólo para resolver a discreción casos no previstos sino, de hecho, para rechazar un precedente establecido. Están facultados, en efecto, para derogar disposiciones jurídicas y sustituirlas por reglas que estiman mejores que las anteriores. ¿Qué acaso esto no proporciona un contraejemplo de mi afirmación de que el derecho consiste únicamente de normas que los tribunales están obligados a seguir? Por supuesto, es posible argumentar, y es lo que quisiera hacer, que tales tribunales deriven sus facultades para derogar o rechazar derecho establecido de disposiciones jurídicas del mismo sistema. Sin embargo, esto no es una respuesta a nuestro problema. Puesto que aun si así fuera ¿qué tanto puede decirse que los tribunales están obligados a se-

² Tales indicaciones son usualmente sometidas a varias restricciones, hechas para preservar la coherencia de propósitos del cuerpo de disposiciones jurídicas las cuales regulan casos similares.

guir disposiciones jurídicas, cuando están en libertad de pasarlas por alto? La respuesta es que es completamente imposible; sin embargo, el supuesto contraejemplo falla porque no describe adecuadamente la situación.

Una regla que los tribunales están en completa libertad de pasar por alto o cambiar no los obliga y no es parte del sistema jurídico. Pero los tribunales en los sistemas del *Common Law* no tienen este poder con respecto a las normas obligatorias del *Common Law*. No las pueden cambiar cada vez que consideren que, sobre la balanza de razones, sería mejor hacerlo. Los tribunales pueden cambiarlas únicamente en virtud de ciertos tipos de razones. Pueden cambiarlas, por ejemplo, por ser injustas; por discriminación inicua; por estar fuera del propósito del cuerpo de disposiciones jurídicas al cual pertenecen, según la concepción del tribunal; etcétera. Pero si el tribunal encuentra que ellas no son las mejores reglas por cualquier otra razón no incluida en la lista, el tribunal está, no obstante, vinculado a seguirlas.

La situación es paralela en otras áreas del razonamiento práctico. La gente está obligada a mantener sus promesas. Esto implica que no están en libertad de romper sus promesas siempre que encuentre que, todas las cosas consideradas, sea mejor hacerlo. Sin embargo, esto no significa que deba mantener sus promesas ocurra lo que ocurra. La presencia de razones de cierto tipo justifica romper la promesa. De ahí se sigue que el hecho de estar bajo una obligación es consistente con estar en libertad de hacerla a un lado bajo ciertas condiciones, siempre que uno no esté en libertad de pasarlas por alto toda vez que uno encuentre que, en base a la balanza de razones, sería mejor hacerlo así. Por esta razón el pretendido contraejemplo falla. Todo lo que muestra es que en todos los sistemas del *Common Law* existen tribunales que están, algunas veces, en libertad de derogar algunas disposiciones jurídicas válidas. Puesto que los tribunales están facultados a hacerlo únicamente en virtud de específicos tipos de razones³ y no siempre que esto sea deseable, todas las cosas consideradas, su libertad a

³ El hecho de que su libertad consista en actuar en base a razones del tipo especificado por el derecho, no niega la discreción personal del tribunal. Tienen discreción no sólo para establecer si los hechos justifican concluir que razones de este tipo se encuentran presentes en la situación que se ventila, sino, también, tienen discreción para actuar en base a su opinión personal sobre qué es una razón válida de este tipo: qué es una disposición jurídica injusta, etcétera.

usar sus facultades para derogar tales disposiciones jurídicas es consistente con el hecho de que están obligados a seguirlas. Estas indicaciones están hechas para establecer la tesis de que existen límites para el derecho.

Si un sistema jurídico consiste en un conjunto de disposiciones jurídicas las cuales pueden ser identificadas por un cierto criterio, entonces tiene pleno sentido preguntar si las reglas y principios son o no reglas y principios jurídicos. El derecho tiene límites y por ello es que podemos referirnos a los sistemas jurídicos; a los derechos y obligaciones jurídicas, los cuales no son, necesariamente, derechos y obligaciones morales, etcétera. El argumento de la presente sección proporciona una respuesta parcial a la pregunta: ¿Por qué es necesario que los sistemas jurídicos tengan límites? La respuesta es que la única alternativa (para un sistema fundamentado en instituciones judiciales) es un sistema de discreción absoluta. Ahora bien, si los tribunales no tienen discreción absoluta de actuar en base a cualquier estándar que les parezca mejor, esto sólo puede ser porque están obligados a seguir ciertos estándares, aun cuando no los consideren los mejores. Esto implica que ellos se encuentran vinculados a seguirlos prefiriéndolos inclusive, a aquellos estándares que consideran los mejores. De esta manera, los estándares que los tribunales están obligados a seguir prevalecen sobre otros, a los que, en ocasiones, pueden estar facultados a seguir; las dos clases de estándares son, en principio, distinguibles. Ésta es la esencia de la tesis de los límites del derecho.

4. *La unicidad del derecho*

Es un rasgo necesario de todos los sistemas jurídicos: (1) que contengan normas que establezcan instituciones primarias, (2) que una disposición jurídica pertenezca a ellos sólo si las instituciones primarias se encuentran bajo el deber de aplicarla, y (3) que tengan límites. Estos rasgos estructurales de los sistemas jurídicos no son, sin embargo, suficientes para distinguirlos de muchos sistemas normativos que no constituyen, de forma precisa, sistemas jurídicos nacionales. Pienso particularmente en las reglas de asociaciones voluntarias tales como universidades, clubes deportivos o sociales, sindicatos y partidos políticos. Muchos de ellos tienen instituciones primarias y comparten todos los rasgos estructurales

del derecho que hemos mencionado. Podríamos llamar a los sistemas normativos que compartan estas características, sistemas institucionalizados.

Los sistemas jurídicos difieren de otros sistemas institucionalizados, primordialmente, por su relación con otros sistemas institucionalizados en vigor en la misma sociedad. Pienso que sentimos que los sistemas jurídicos no sólo ocurre que son los más importantes sistemas institucionalizados que gobiernan la sociedad humana, sino que esto es parte de su naturaleza. Consideramos un sistema institucionalizado como un sistema jurídico sólo si éste es necesariamente, en algún aspecto, el más importante sistema institucionalizado que pueda existir en tal sociedad. Mi propósito es explicar este sentimiento atendiendo a las esferas de actividad humana, las cuales todos los sistemas jurídicos regulan o pretenden autoridad para regular. ¿Qué es para un sistema normativo regular una cierta esfera del comportamiento? Toda norma regula aquella conducta que constituye su acción normativa (*norm-action*), esto es, el comportamiento que la norma requiere o permite, o que se convierte en el ejercicio de una facultad. Un sistema normativo regula todos los actos regulados por sus normas. Un sistema normativo pretende autoridad para regular todos aquellos actos que regula y los que pueden ser regulados por normas que puedan ser establecidas mediante el ejercicio de facultades reconocidas por las normas del sistema.

El intento por caracterizar los sistemas jurídicos por las esferas de actividad que ellos regulan, o pretenden autoridad para regular, no puede ser muy preciso. Los rasgos generales que distinguen un sistema como un sistema jurídico son varios y cada uno de ellos admite, en principio, diferentes grados. En casos típicos de sistemas jurídicos todos estos rasgos se manifiestan en muy alto grado. Pero es posible encontrar sistemas en los cuales todos o algunos rasgos estén presentes sólo en menor grado o en los que uno o dos estén completamente ausentes. Sería arbitrario y obtuso tratar de fijar una línea divisoria precisa entre los sistemas normativos que son sistemas jurídicos y aquellos que no lo son. Al enfrentarse con casos frontera es mejor admitir su identidad problemática, enumerar sus similitudes y diferencias con respecto a los casos típicos y dejarlo así.

Tres rasgos caracterizan a los sistemas jurídicos:

i. *Los sistemas son comprensivos.* Con esto quiero decir que los sistemas jurídicos pretenden autoridad para regular cualquier tipo de comportamiento. En esto los sistemas jurídicos difieren de la mayoría de los otros sistemas institucionalizados.

Estos últimos normalmente instituyen y gobiernan la actividad de organizaciones las cuales están vinculadas a uno u otro propósito. Asociaciones deportivas, sociedades comerciales, organizaciones culturales, partidos políticos, etcétera; todas son establecidas para realizar ciertos objetivos limitados y cada una pretende autoridad sobre el comportamiento relevante para tal objetivo únicamente. Esto no es así en los sistemas jurídicos, éstos no reconocen ninguna limitación a las esferas de comportamiento sobre las cuales pretenden autoridad para regular; si los sistemas jurídicos son establecidos para un propósito definido éste es un propósito que no implica una limitación sobre el pretendido ámbito de competencia.

Debemos ser cuidadosos para observar con precisión la naturaleza del carácter comprensivo de los sistemas jurídicos. Éste no implica que los sistemas jurídicos *tengan*, y otros sistemas no *tengan*, autoridad para regular cualquier tipo de comportamiento. Todo lo que se dice es que los sistemas jurídicos *pretenden* tal autoridad, mientras que otros sistemas no. Aún más, los sistemas jurídicos no regulan, necesariamente, todas las formas de comportamiento. Todo lo que este criterio significa es que *pretenden autoridad para regular* todas las formas de comportamiento, esto es, contienen normas que lo regulan, o bien normas que confieren facultades para establecer normas que, si son establecidas, lo regularían.

La autoridad que todo sistema jurídico pretende es autoridad para regular cualquier forma de comportamiento de una cierta comunidad. No necesitan pretender autoridad para regular el comportamiento de todos. Debe también recordarse que cualquier acción es regulada por una norma aun si es meramente permitida por ella. Más aún, el criterio requiere que cada sistema jurídico pretenda autoridad para regular el comportamiento en alguna forma, pero no necesariamente en todas las formas. Por lo tanto, el criterio es satisfecho por aquellos sistemas jurídicos que contienen, *e.g.* libertades otorgadas por disposiciones constitucionales, las cuales no pueden ser cambiadas por ningún medio jurídico. Tales sistemas no pueden pretender autoridad para regular, el comportamiento

permitido, en cualquier otra forma, pero lo regulan en una forma: permitiéndolo.⁴

Finalmente, debe recordarse que este criterio establece, cuando mucho, una condición necesaria y no una condición suficiente para que un sistema sea un sistema jurídico; por tanto, no debemos sorprendernos de encontrar que algunos sistemas que no son sistemas jurídicos satisfagan esta condición, aunque pienso que no existen muchos casos. Los derechos de varias iglesias satisfacen este criterio, pero entonces muchos de ellos satisfacen también las otras condiciones y son sistemas jurídicos ordinarios. Si existen sistemas normativos religiosos que satisfagan este criterio, pero no los otros, serán casos frontera.

ii. Los sistemas jurídicos pretenden ser supremos. Esta condición está implicada por la anterior y es meramente una elaboración de uno de sus aspectos. La condición significa que todo sistema pretende autoridad para regular el establecimiento y aplicación por la comunidad a él sometida, de otros sistemas institucionalizados. En otras palabras pretende autoridad para prohibir, permitir o imponer condiciones sobre la institución y funcionamiento de todas las organizaciones normativas a las cuales los miembros de la comunidad, a él sometida, pertenecen.

Una vez más esta condición es una condición débil al permitir la posibilidad de que un sistema pretenda únicamente autoridad para permitir el funcionamiento de alguna de tales organizaciones. Me parece, sin embargo, que esto no priva a tales condiciones de su importancia, toda vez que la pretendida autoridad de otorgar permisiones mediante una norma es un rasgo de lo más significativo de un sistema normativo y no puede ser comparado con la mera existencia de una permisión débil puesto que el sistema no regula el comportamiento respectivo y no pretende autoridad para regularlo.

¿Son necesariamente incompatibles los sistemas jurídicos? Es evidente que dos sistemas jurídicos pueden coexistir; ambos pueden ser practicados por una misma comunidad. Si ellos no contienen

⁴ El sistema jurídico, sin embargo, no regula el comportamiento que, simplemente, está débilmente permitido por él. Un acto es permitido débilmente si el sistema no contiene norma que lo prohíba. Es fuertemente permitido si el sistema contiene una norma que lo permita. Para esta distinción véase mi artículo "Permissions and supererogation", *American Philosophical Quarterly*, April, 1975. Las permisiones explícitas que hemos visto son también permisiones fuertes.

muchas normas en conflicto es posible que la población observe ambos y que las instituciones establecidas por ambos sistemas pueden todas funcionar. Esto, en muchos casos, podría ser una situación indeseable e insostenible; pero, puede existir, y no siempre necesita ser indeseable o insostenible. Sin embargo, al preguntar si dos sistemas jurídicos pueden ser compatibles, no estoy preguntando si pueden, de hecho coexistir, sino, más bien, si pueden coexistir jurídicamente ¿Puede un sistema jurídico reconocer que otro sistema jurídico se aplica, por derecho, a la misma comunidad o un sistema jurídico tiene que negar el derecho de los otros de aplicarse a la misma población? Evidentemente, casi todo sistema jurídico permite a algunos sistemas normativos aplicarse a la comunidad a él sometida, pero, quizá, no lo permite si el otro sistema es también un sistema jurídico. No hay duda que muchos sistemas jurídicos son incompatibles entre sí, pero no hay razón para asumir que esto es necesariamente verdadero para todo sistema jurídico. La mayoría de los sistemas jurídicos son, al menos, parcialmente compatibles —reconocen, por ejemplo, validez extraterritorial de algunas normas de otros sistemas— Casos de estable y mutuamente reconocida coexistencia de derecho secular y religioso en varios países proporcionan ejemplos de diferentes grados de compatibilidad. Todos los sistemas jurídicos, sin embargo, son potencialmente incompatibles, al menos hasta cierto grado. Puesto que todo sistema jurídico pretende ser supremo con respecto a la comunidad a él sometida, ninguno puede reconocer la pretensión de supremacía sobre la misma comunidad que pudiera ser hecha por cualquier otro sistema jurídico.

iii. Los sistemas jurídicos son sistemas abiertos. Un sistema normativo es un sistema abierto en el sentido de que contiene normas cuyo propósito es otorgar fuerza obligatoria dentro del sistema a normas que no pertenecen a él. Mientras más normas 'ajenas' son 'adoptadas' por el sistema, más abierto será éste. Característico de los sistemas jurídicos es que ellos mantienen y soportan otras formas de agrupación social. Los sistemas jurídicos lo llevan a cabo reconociendo y ejecutando contratos, acuerdos, reglas y costumbres de individuos y asociaciones así como aplicando, a través de sus reglas de conflicto, disposiciones jurídicas de derechos de otros países, etcétera.

Las normas que son reconocidas por tales razones no son, nor-

malmente, consideradas parte del sistema jurídico que las sanciona. Son, sin embargo, reconocidas y hechas obligatorias en tales sistemas por normas que requieren que los tribunales actúen en base a aquéllas y las ejecuten. Por tanto, tenemos que modificar el criterio de membresía de un sistema institucionalizado de manera a excluir tales normas. Necesitamos un criterio que identifique, como perteneciendo al sistema, todas las normas que sus instituciones aplicadoras de normas están obligados a aplicar (normas que ellos practican) exceptuando aquellas que son meramente 'adoptadas'. Pero ¿cómo vamos a caracterizar las normas adoptadas? ¿Cómo habremos de definir, con mayor precisión, la naturaleza de un sistema abierto?

Muchos han tratado de encontrar la marca distintiva en la forma o técnica de la adopción. Esto me parece un callejón sin salida. Estas distinciones inevitablemente se convierten en diferencias formales y técnicas que no guardan relación con las razones para establecer la distinción y conducen a resultados contraintuitivos. Tenemos que basarnos en las razones por las que se reconoce a tales normas como obligatorias, puesto que nuestro propósito es distinguir entre normas que son reconocidas en virtud de que forman parte del derecho y aquellas que son reconocidas en virtud de la función del derecho de respaldar otros arreglos y grupos sociales.

Las normas son 'adoptadas' por un sistema porque es un sistema abierto, sí, y sólo si: (1) son normas que pertenecen a otro sistema normativo practicado por sus *sujetos normativos*, las cuales son reconocidas tanto como se mantengan en vigor en tal sistema, sean aplicadas a los mismos *sujetos normativos*, siempre que sean reconocidas en virtud de que el sistema intenta respetar la forma en que la comunidad regula sus actividades; independientemente de si la misma regulación hubiera sido adoptada de cualquier otra manera: (2) son normas que fueron creadas por o con el consentimiento de sus *sujetos normativos* mediante el uso de facultades conferidas por el sistema para permitir a los individuos arreglar sus propios asuntos de acuerdo a su deseo. La primera parte del criterio se aplica a las normas reconocidas por tales reglas de conflicto, etcétera. La segunda se aplica a los contratos, estatutos de compañías comerciales, etcétera.

Las normas que satisfacen este criterio son reconocidas por un sistema pero no son parte de él. Si un sistema reconoce tales nor-

mas éste es un sistema abierto y, como he dicho, todos los sistemas jurídicos son sistemas abiertos.⁵ Es parte de sus funciones mantener y favorecer otras normas de organizaciones diversas.

5. *La importancia del derecho*

Me he basado en nuestro conocimiento general del derecho y de la sociedad humana al afirmar que los sistemas jurídicos son sistemas institucionalizados, caracterizados por la combinación de las tres condiciones señaladas. Si mi afirmación es correcta, es fácil ver que tales condiciones proporcionan el inicio de una explicación de la importancia del derecho. Puede haber sociedades humanas que no son gobernadas por el derecho en absoluto. Pero si una sociedad se encuentra sometida a un sistema jurídico, entonces tal sistema es el más importante sistema institucionalizado al cual se encuentra sometida. El derecho proporciona el marco general dentro del cual ocurre la vida social. Es un sistema para guiar el comportamiento y para resolver las disputas el cual pretende suprema autoridad para interferir en cualquier tipo de actividad. El derecho, también, regularmente soporta o restringe la creación y práctica de otras normas en la sociedad. Mediante tales pretensiones el derecho pretende proporcionar el marco general para la conducta en todos los aspectos de la vida social y erigirse en el supremo guardián de la sociedad.

⁵ Decir que todos los sistemas jurídicos son sistemas abiertos no es ensalzarlos. Ellos pueden 'adoptar' las normas incorrectas y rechazar la adopción de aquellas que deberían ser 'adoptadas'.