

JOHN AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, ha sido traducido por JUAN RAMÓN DE PÁRAMO ARGÜELLES.

© De la traducción y estudio preliminar: JUAN RAMÓN DE PÁRAMO ARGÜELLES  
© JOHN AUSTIN  
© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

NIPO: 005-02-066-X  
ISBN: 84-259-1228-8  
Depósito legal: M. 217-2003

Fotocomposición: FER Fotocomposición, S. A.  
Impresión: EDIGRAFOS, S. A.  
Polígono San Marcos. Getafe (Madrid).  
MADRID, 2002

## ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
Estudio preliminar: John Austin, un jurista desolado <i>por</i> JUAN RAMÓN DE PÁRAMO ARGÜELLES . . . . .	IX
El objeto de la Jurisprudencia de JOHN AUSTIN . . . . .	1
Introducción <i>por</i> H. L. A. HART . . . . .	3
Sinopsis de las lecciones . . . . .	17
El objeto de la Jurisprudencia . . . . .	25
Lección I . . . . .	33
Lección II . . . . .	55
Lección III . . . . .	79
Lección IV . . . . .	99
Lección V . . . . .	131
Lección VI . . . . .	197

## EL OBJETO DE LA JURISPRUDENCIA

### ANÁLISIS DE LAS LECCIONES

Las leyes en sentido propio, o propiamente dichas, son mandatos; las que no son mandatos no son leyes en sentido propio, no son leyes propiamente dichas. Ambos tipos de leyes pueden dividirse de manera adecuada en las cuatro categorías siguientes:

Propósito, finalidad y orden de los temas presentados en las seis lecciones siguientes.

1. Las leyes divinas o leyes de Dios, es decir, leyes impuestas por Dios a sus criaturas humanas.
2. Leyes positivas, es decir, leyes así llamadas en su sentido más común y preciso, y que constituyen el objeto propio de la jurisprudencia general y particular.
3. La moral positiva, reglas de la moral positiva, o reglas morales positivas.
4. Las leyes en sentido figurado o metafórico, o simplemente metafóricas o figuradas.

Las leyes divinas y positivas son leyes propiamente dichas. Entre las reglas morales positivas algunas son leyes propiamente dichas, pero otras son así llamadas en sentido impropio. Las reglas morales positivas que son leyes en sentido impropio pueden denominarse leyes o reglas impuestas o dictadas por la opinión, ya que son simplemente opiniones mantenidas o sentimientos percibidos por los hombres en relación con su conducta. Una ley impuesta por la opinión y una ley imperativa en sentido propio están relacionadas simplemente por analo-

gía, aunque tal analogía sea fuerte o próxima. Las leyes metafóricas o figuradas, o meramente metafóricas o figuradas, son leyes impropriamente dichas. Una ley metafórica o figurada y una ley imperativa y propiamente dicha son semejantes solamente por analogía, y la analogía en virtud de la cual están relacionadas es débil o remota.

Por consiguiente, las leyes positivas (el objeto propio de la jurisprudencia) están relacionadas por semejanza o analogía, próxima o remota, con los siguientes objetos: 1. En virtud de su semejanza se relacionan con las leyes de Dios. 2. En virtud de su semejanza se relacionan con las reglas de la moral positiva que son leyes propiamente dichas; y por analogía próxima o fuerte se relacionan con las reglas de la moral positiva que son leyes dictadas por la opinión. 3. Por una analogía débil o remota se relacionan con las leyes en sentido metafórico, o leyes simplemente metafóricas.

El fin o propósito principal de las seis lecciones siguientes consiste en distinguir las leyes positivas (el objeto de la jurisprudencia) de las cosas antes enunciadas: cosas con las que se relacionan por semejanzas y analogías, por su nombre común de «leyes» y con las que, por consiguiente, se mezclan y confunden con frecuencia. Por tanto, en virtud de que éste es el propósito principal de las seis lecciones siguientes, las denomino, consideradas en su conjunto, «el objeto de la jurisprudencia». Ya que éste es su principal propósito, las lecciones intentan trazar el límite que separa el ámbito de la jurisprudencia de las zonas que se encuentran en sus confines.

El método que he seguido para llegar a tal resultado se puede resumir así:

I. Defino la esencia o naturaleza común de todas las leyes propiamente dichas: con otras palabras, defino la esencia o naturaleza de una ley imperativa en sentido propio.

II. Defino las características respectivas de los cuatro tipos distintos en los que se pueden dividir las leyes: o, con otras palabras, defino los caracteres apropiados que hacen distinguirse entre sí las leyes de cada clase.

En este sentido quiero subrayar que al examinar las respectivas características de aquellos cuatro tipos de leyes, encuen-

tro que el orden siguiente es el mejor para poder explicarlos: en primer lugar, las características o rasgos distintivos de las leyes de Dios; en segundo lugar, las de las reglas morales positivas; en tercer lugar, las de las leyes en sentido metafórico o figurado; en cuarto y último lugar, las de la ley positiva, o simplemente de las leyes en sentido estricto.

Al determinar la esencia o naturaleza de una ley imperativa en sentido propio, y al determinar las características respectivas de aquellos cuatro tipos distintos, defino de manera positiva y negativa el objeto propio de la jurisprudencia. Defino de manera positiva lo que es esta materia, y la distingo de los diversos objetos que se relacionan con ella de manera diferente, y con la que a menudo se encuentra confundida y mezclada. Muestro además sus afinidades con aquellos objetos: afinidades que deben ser establecidas de la manera más clara y precisa posible, ya que hay numerosos aspectos del mismo *rationale* del derecho positivo cuyas únicas o principales claves interpretativas vienen dadas por aquellos caracteres.

Habiendo esbozado el principal propósito de este tratado, señalaré a continuación los principales asuntos relacionados con tal finalidad, así como el orden en el que son presentados al lector.

I. En la *primera* de las seis lecciones siguientes, enuncio los caracteres esenciales de una ley o regla (con el significado más amplio que se le pueda dar al término en sentido propio). En otras palabras, determino la esencia o naturaleza común a todas las leyes propiamente dichas.

Al determinar la esencia o naturaleza de una ley imperativa en sentido propio, establezco de manera implícita la esencia o naturaleza de un mandato, y distingo los mandatos que son leyes o reglas, de aquellos mandatos simplemente ocasionales o particulares. Al determinar la naturaleza de un mandato, establezco los significados de los términos implicados en la expresión «mandato»: esto es, «sanción» o «imposición coactiva (*enforcement*) de la obediencia», «deber» u «obligación», «superior e inferior».

II. (a) Al comienzo de la *segunda* lección, señalo brevemente los rasgos o características distintivas de las leyes de Dios respecto de otras leyes.

Al comienzo de la misma lección, divido de modo conciso las leyes y los otros mandatos de la divinidad en dos categorías: las leyes reveladas o expresas y las no reveladas o tácitas.

Después de haber distinguido brevemente los mandatos revelados de los no revelados, paso al examen de la naturaleza de los signos o indicios en virtud de los cuales estos últimos se manifiestan a los hombres. Por lo que respecta a la naturaleza de los indicios en los que se manifiestan los mandatos tácitos de la divinidad, hay tres teorías o hipótesis: en primer lugar, la simple hipótesis o teoría de la utilidad general; en segundo lugar, la simple hipótesis o teoría del sentido moral; en tercer lugar, una hipótesis o teoría mixta compuesta por las dos anteriores. La mayor parte de la *segunda* lección, así como la totalidad de la *tercera* y *cuarta*, se ocupan de manera exclusiva o fundamental de la exposición y explicación de las tres hipótesis o teorías mencionadas.

La exposición de las tres hipótesis o teorías puede parecer algo impertinente con relación al objeto y propósito de mi curso. Sin embargo, en una serie de lecciones que versan de manera sistemática sobre el mismo *rationale* de la jurisprudencia, tal exposición constituye un nexo necesario.

Si las tres hipótesis o teorías no se hubieran expuesto previamente, muchos de los principios y distinciones implicados en el mismo concepto de la jurisprudencia, así como los que aparecen en los escritos de los juristas, muchos no podrían enunciarse de manera correcta y precisa. Por ejemplo: el derecho positivo y la moralidad se distinguen por los juristas modernos mediante los conceptos de derecho natural y derecho positivo, o lo que es lo mismo, entre el derecho positivo y la moralidad modelados según la ley de Dios, y el derecho positivo y la moralidad de origen exclusivamente humano. Y esta distinción del derecho y la moralidad en términos de derecho natural y positivo, coincide aproximadamente con una distinción que se encuentra en las *Pandectas* y en las *Instituciones*, y que los compiladores han tomado de los juristas denominados «clásicos». Para estos juristas (como los textos que componen la mayor parte de las *Pandectas*), el *ius civile* se distingue del *ius gentium* o *ius omnium gentium*. Y se distingue porque —según se dice— la parte del derecho positivo que prevalece en una deter-

minada nación es peculiar de esa comunidad, y siendo así se le puede denominar *ius civile* o *ius proprium ipsius civitatis*. No obstante, además de las partes del derecho positivo que son peculiares de naciones o estados, existen reglas del derecho positivo que rigen en todas las naciones y reglas de la moral positiva que observa toda la humanidad; y ya que estas reglas jurídicas se dan en todas las naciones y las reglas morales vienen siendo observadas por toda la humanidad, podemos denominarlas el *ius omnium gentium*, o el *comune omnium hominum ius*. Ahora bien, estas reglas universales, al ser universales, no pueden ser pura y simplemente impuestas o creadas por los hombres. Más bien, son creadas por los hombres a partir de las leyes que provienen de Dios o a partir de la naturaleza racional e inteligente que constituye el alma y la guía del universo. Estas leyes no son propiamente tanto el resultado del diseño o de la producción humana, como leyes naturales o divinas revestidas de sanciones humanas. Por el contrario, las reglas jurídicas y morales que pertenecen a naciones particulares son, pura y simplemente, creadas e impuestas por los hombres. Al ser parciales y transitorias en lugar de universales y permanentes, es difícil que sus autores las diseñen teniendo en cuenta modelos divinos o naturales. Por ello, sin un conocimiento previo de las tres hipótesis en cuestión, el valor de las dos distinciones a las que he aludido brevemente no se puede evaluar ni entender de manera correcta. Si se asume la pura hipótesis del sentido moral, o la pura hipótesis de la utilidad general, tales distinciones son absurdas, o son especulaciones inútiles sin ninguna finalidad. Pero si se asume la hipótesis mixta tales distinciones no sólo tienen sentido sino también una importancia considerable.

Además, la ley divina es la prueba o test del derecho y la moralidad positiva; en otros términos, el derecho y la moralidad, en la medida en que *son* lo que *deben ser*, se conforman, o no se oponen, a las leyes de Dios. Por consiguiente, uno de los objetos más importantes de la ciencia de la ética (o, en palabras de Bentham, «la ciencia de la deontología») consiste en determinar la naturaleza de los indicios de los mandatos tácitos de la Divinidad, o la naturaleza de los signos o pruebas mediante los que se pueden conocer aquellos mandatos. Por «ciencia de la ética» (o por «ciencia de la deontología») entiendo la ciencia

del derecho y la moral tal y como *deberían* ser: en otras palabras, la ciencia del derecho y la moralidad como *deben ser* respectivamente si se adecuaran a su *test o medida* correspondiente. Se denomina ciencia de la legislación al sector de la ciencia de la ética que concierne especialmente al derecho positivo tal y como debe ser; por el contrario, la parte de la ciencia de la ética concerniente a la moral positiva tal y como debería ser todavía no ha alcanzado un nombre adecuado y distintivo. Ahora bien, aunque la ciencia de la legislación (o del derecho positivo tal y como *debería* ser) no es asimilable a la jurisprudencia (o del derecho positivo tal y como *es*), ambos saberes están sin embargo entremezclados por numerosos vínculos indisolubles. Por consiguiente, la naturaleza de las manifestaciones en las que se expresan los mandatos tácitos de la divinidad es un asunto de suma importancia para la ciencia de la legislación, al igual que constituye un objeto oportuno y fundamental de la jurisprudencia, ciencia relacionada con la primera.

Existen importantes y comunes equivocaciones acerca de la teoría de la utilidad general; y hay algunas objeciones, basadas en esas equivocaciones, que se le hacen a esa teoría; también hay un número considerable de dificultades con las que realmente se encuentra. Probablemente me extienda demasiado, más de lo que debería, al intentar rectificar tales equivocaciones, al responder las objeciones y al resolver o mitigar aquellas dificultades. Quizá me aleje hacia disquisiciones éticas —lo que no es objeto y propósito de mi curso— al intentar suscitar una reflexión sobre estos temas, con la mayor seriedad posible y profundamente convencido de la verdad e importancia de esta teoría. Si acaso fuera culpable de tal desviación, podré ser disculpado por mis indulgentes lectores de tal ofensa contra el rigor de la lógica, después de comprender el obsesivo interés del propósito que me lleva a separarme de mi sendero.

II. (b) Al comienzo de la *quinta* lección divido las leyes o reglas en dos clases: en primer lugar, las leyes propiamente dichas junto a aquellas leyes impropias que se relacionan con ellas mediante analogía próxima; en segundo lugar, las leyes impropias que mantienen una analogía remota con las primeras, y que denomino por ello leyes en sentido metafórico o figurado. El primer grupo lo divido en tres clases: las leyes pro-

piamente dichas que denomino leyes de Dios, las leyes propiamente dichas que denomino leyes positivas y las leyes en sentido propio e impropio que denomino moralidad positiva o reglas morales positivas. Añado además las razones por las que establezco tales clases con sus nombres respectivos.

Después de haber determinado en las lecciones precedentes los caracteres o rasgos distintivos de las leyes divinas, señalo en la quinta lección los caracteres o rasgos distintivos de las reglas morales positivas, es decir, de las leyes o reglas que los hombres se imponen entre sí y que no están respaldadas por sanciones jurídicas: en resumidas cuentas, aquellas leyes o reglas que no son leyes positivas, o que no son el objeto propio de la jurisprudencia particular y general. Después de haber señalado las notas distintivas de las reglas morales positivas, determino las características respectivas de sus dos distintos tipos: de las reglas morales positivas que son leyes imperativas y propias y de las que son dictadas por la opinión.

Las leyes divinas, el derecho positivo y la moralidad positiva están relacionadas entre sí de diversos modos. Para ilustrar tales relaciones señalaré en la quinta lección los casos en los que concuerdan, en los que discrepan sin conflicto y aquellos en los que entran en conflicto.

En la misma lección demostraré que mi clasificación de las leyes en sentido propio y de las leyes impropias que mantienen una analogía estrecha con ellas, corresponde, en lo fundamental, con la clasificación de las leyes establecida de manera incidental por Locke en su *Ensayo sobre el Entendimiento Humano*.

II. (c) Al final de la misma lección, indico las características o rasgos distintivos de las leyes en sentido metafórico o figurado. Y señalo que las leyes que lo son sólo en sentido metafórico, se confunden y se diluyen con las leyes imperativas propiamente dichas, al menos en la obra de algunos escritores célebres.

II. (d) En la *sexta* y *última* lección, señalo las características de las leyes positivas: esto es, las leyes estrictamente así llamadas y sin otra calificación, y que constituyen el objeto propio de la jurisprudencia general y particular.

Al determinar los caracteres de las leyes positivas, analizo de modo implícito la noción de soberanía y la noción correlati-

va o implicada en ella de sociedad política independiente. La diferencia esencial entre una ley positiva (la diferencia que la caracteriza respecto de una ley no positiva) podría enunciarse generalmente del siguiente modo. Toda ley positiva o toda ley simplemente así llamada en sentido estricto, es puesta por una persona soberana o por un cuerpo soberano de personas, a uno o más miembros de la sociedad política independiente respecto de la cual esta persona o cuerpo pueden considerarse soberanos o supremos. O, en otros términos, es puesta por un monarca o por un cuerpo soberano a una persona o conjunto de personas que se encuentran en un estado de sujeción respecto del autor de la ley.

Para clarificar la naturaleza de la soberanía y la de la sociedad política independiente que implica, examino algunos argumentos que sitúo bajo los siguientes epígrafes. En primer lugar, las posibles formas o modelos del gobierno político supremo; en segundo lugar, los límites, reales o imaginarios, del poder político supremo; en tercer lugar, el origen o causas de la sociedad política y del gobierno. Al examinar estos argumentos completo mi descripción del límite o frontera que separa el derecho positivo de la moralidad positiva. Pues los distingo en ciertos puntos donde aparentemente confluyen, allí donde la línea que los diferencia no es fácilmente perceptible.

La diferencia esencial de una ley positiva (la diferencia que la distingue de una ley que no es positiva) se puede enunciar de manera general tal y como acabo de señalar. Ahora bien, ese enunciado general está sujeto a ciertos matices. Con algunas alusiones a tales modificaciones concluyo la sexta y última lección.

## LECCIÓN I

La jurisprudencia tiene por objeto el derecho positivo: es el derecho simple y estrictamente así llamado, esto es, el derecho impuesto por los superiores políticos a sus súbditos. Pero el derecho positivo (o el derecho simple y estrictamente así llamado) se confunde a menudo con objetos con los que está relacionado por *semejanza* y *analogía*, con objetos que también se designan, *propia* o *impropiamente*, con la amplia e imprecisa expresión *derecho*. Para evitar algunas de las dificultades que surgen de esta confusión, comienzo mi proyectado curso delimitando el ámbito de la jurisprudencia, o comienzo distinguiendo el objeto de la jurisprudencia de aquellos otros objetos relacionados, intentando con ello definir la materia que me propongo tratar antes de emprender el análisis de sus numerosas y complicadas partes.

Una ley, en el sentido más general y comprensivo en que el término se emplea de manera literal, puede decirse que es una regla para guiar la conducta de un ser inteligente puesta por otro ser inteligente que tiene poder sobre él. Bajo esta definición se incluyen con propiedad varias especies. Es necesario definir con precisión la línea de demarcación que separa estas especies entre sí, ya que por confundirlas y no distinguir las con claridad, la ciencia de la jurisprudencia se ha visto inmersa en un mar de complejidad e imprecisión. El término *ley*, en el sentido comprensivo arriba indicado o en el significado más amplio que tiene sin necesidad de recurrir a metáforas o analogías, incluye los siguientes objetos: las leyes puestas por Dios a sus criaturas humanas y las leyes puestas por los hombres a otros hombres.

Explicación o exposición del «propósito» del siguiente ensayo para determinar el objeto de la jurisprudencia

La ley: qué es, en su sentido literal y comprensivo

- La ley de Dios Se denomina con frecuencia ley de la naturaleza, o derecho natural, a la totalidad o a una parte de las leyes puestas por Dios a los hombres: en realidad, en esto consiste la única ley natural de la que es posible hablar sin recurrir a metáforas o sin mezclar objetos que deberían distinguirse claramente. Pero, al haber rechazado la expresión «Ley de la Naturaleza» por ser ambigua y confusa, llamo a aquellas reglas o leyes, consideradas en su totalidad o en bloque, la *ley Divina* o la *ley de Dios*.
- Las leyes humanas. Dos clases Las leyes impuestas por los hombres a otros hombres se dividen en dos clases principales: son clases que, aunque difieren profundamente, se mezclan a menudo, por lo que se deberían delimitar con precisión y contraponer de manera ostensible.
- Primera clase. Las leyes establecidas por los «superiores políticos» De estas leyes o reglas algunas son establecidas por superiores *políticos*, soberano y súbdito: esto es, por personas que ejercen un poder (*government*) supremo y subordinado en naciones o en sociedades políticas independientes. El conjunto de las reglas así establecidas, o cualquier parte integrante de ese conjunto, constituye el objeto propio de la jurisprudencia general o particular. El término «*derecho*», usado en sentido estricto y directo, se aplica exclusivamente al conjunto de las reglas así establecidas, o bien a cualquier parte integrante de ese conjunto. Ahora bien, a diferencia del derecho *natural* o de la ley de la *naturaleza* (entendiendo por tales expresiones las leyes de Dios), el conjunto de las reglas establecidas por los superiores políticos se denomina con frecuencia «*ley positiva*» o bien «*ley que existe porque ha sido puesta*». A diferencia de las reglas que llamo «*moralidad positiva*», y que analizaré a continuación, el conjunto de las reglas establecidas por los superiores políticos puede identificarse con utilidad con el término «*derecho positivo*». Por consiguiente, con la finalidad de encontrar un término breve y distintivo al mismo tiempo, y que sea atractivo debido a su uso frecuente, denomino «*derecho positivo*» al conjunto de esas reglas o a cualquier parte de ese conjunto. No obstante, de las reglas que *no* son establecidas por los superiores políticos pero que son reglas o leyes en el sentido propio del término, se puede decir que son también *positivas* o que existen por *imposición*.
- Segunda clase. Las leyes establecidas por los hombres que no son superiores políticos Aunque *algunas* de las leyes o reglas impuestas por los hombres a sus semejantes son establecidas por los superiores políticos, *otras no* lo son, o al menos no son establecidas por

los superiores políticos en virtud de su especial condición o carácter.

En estrecha analogía a las leyes humanas de esta segunda clase, hay un conjunto de objetos denominados con frecuencia —pero de manera *impropia*— *leyes*, que son reglas puestas y reforzadas por la *simple opinión*, esto es, por las opiniones o sentimientos sustentados por un conjunto indeterminado de hombres en relación con la conducta humana. Ejemplos de tal uso del término *ley* son las expresiones, «la ley del honor» o «las leyes de la moda». Las reglas de este tipo constituyen gran parte de lo que se denomina usualmente «Derecho Internacional».

Con el término *moral positiva* sitúo en la misma clase al conjunto de las leyes humanas propiamente dichas que pertenecen a la segunda de las clases antes mencionadas, así como al conjunto de leyes, *impropiamente dichas*, que se encuentran en estrecha analogía con aquellas. El término *moral* las diferencia del *derecho positivo*, y el adjetivo *positivo* las distingue de la *ley de Dios*. Con el fin de evitar confusión, es necesario o conveniente, que se diferencien de la ley de Dios por este adjetivo específico; porque el término *moralidad* (o *moral*), cuando se usa sólo o sin ulterior cualificación, denota indistintamente cualquiera de los siguientes objetos: la moralidad positiva, *tal y como es*, sin consideración a sus méritos, y la moralidad positiva, *tal y como sería si fuera* conforme con la ley de Dios y fuera por tanto merecedora de *aprobación*.

Con independencia de las distintas clases de reglas que están incluidas en la acepción literal del término «*ley*», y de las que están en función de una analogía próxima y evidente —denominadas leyes en sentido impropio— existen numerosos usos del término «*ley*» que se basan en una analogía débil y que son simplemente metafóricos o figurados. Tal es el caso cuando hablamos de *leyes* observadas por los animales inferiores, o de *leyes* que regulan el crecimiento o deterioro de los vegetales, o de *leyes* que determinan los movimientos de las masas o de los cuerpos inanimados. Donde no existe *inteligencia*, o cuando es demasiado limitado asumir el término *razón*, y, por tanto, demasiado limitado para concebir el propósito de una ley, no hay *voluntad* sobre la que pueda influir la ley ni

Objetos denominados «*leyes*», por «analogía próxima», de manera «*impropia*»

Las dos últimas clases agrupadas con el nombre de «moralidad positiva»

Objetos denominados leyes de manera metafórica

deber que pueda estimular o restringir. Ahora bien, debido a este uso impropio del término, que se pone de manifiesto mediante el uso de la metáfora, el campo de la jurisprudencia y la moral ha sido invadido por especulaciones confusas.

Después de haber indicado el *fin* en virtud del cual pretendo determinar el objeto de la jurisprudencia, es decir, la distinción entre el derecho positivo —el objeto propio de la jurisprudencia— y aquello con lo que se asemeja y con lo que se relaciona, próxima o remotamente, mediante una analogía fuerte o débil, indicaré a continuación los caracteres esenciales de una ley o regla (en el significado más amplio que se puede dar propiamente al término).

Las leyes o reglas «propiamente» dichas son clases de mandatos

Toda ley o regla (en el significado más amplio que se le puede dar propiamente al término) es un *mandato*. O, mejor dicho, las leyes o reglas propiamente dichas son una *especie* de mandatos.

Ahora bien, dado que el término *mandato* incluye el término *ley*, el primero es el más amplio y sencillo de los dos. Pero a pesar de ser simple exige una explicación. Y puesto que es la llave de acceso a las ciencias de la jurisprudencia y de la moral, su significado debe ser analizado con precisión.

Por consiguiente, me pondré a analizar en primer lugar el significado del término «*mandato*»: me temo que este análisis agotará la paciencia de mis oyentes, aunque creo que lo soportarán con buen humor, o, al menos, con resignación, si tienen en cuenta la dificultad de su consecución. Los elementos esenciales de una ciencia son propiamente las partes que resultan menos fáciles de explicar. Los términos más generales, y por tanto los más simples de un conjunto, no tienen expresiones equivalentes para enunciarlos de un modo *conciso*. Cuando nos ponemos a *definirlos* o traducirlos a términos que suponemos que pueden ser mejor comprendidos, nos vemos forzados a recorrer difíciles y tediosos circunloquios.

El significado del término «mandato»

Si tu formulas o declaras un deseo de que yo haga o me abstenga de hacer algún acto, y si me infligieras un daño en el caso de que no me ajustara a tu deseo, la *expresión* o *manifestación* de tu deseo es un *mandato*. Un mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo no por la forma en la cual se manifiesta el deseo, sino por el poder y la intención de quien emite

el mandato de infligir un mal o un daño en el caso de que el deseo no sea satisfecho. Si no se quiere o no se puede infligir el mal en el caso de que no cumpla con ese deseo, la expresión de tal voluntad no es un mandato, aunque se exprese de forma imperativa. Si quieres producir el daño en el caso de que no obedezca tal deseo, la expresión de tu deseo equivale a un mandato aunque por cortesía se manifieste como una petición. «*Preces erant, sed quibus contradici non posset*». Tal es el lenguaje de Tácito cuando habla de una petición de los soldados a un hijo y lugarteniente de Vespasiano.

Un mandato es, por consiguiente, la manifestación de un deseo. Pero hay una peculiaridad que lo hace distinguirse de otras manifestaciones de deseos: que aquel al que se dirige esté expuesto a un daño por parte del otro en el caso de que no cumpla con su deseo.

Al estar sujeto a un daño si no me conformo al deseo que tu expreses, estoy *sujeto* u *obligado* por tu mandato, o me encuentro bajo el *deber* de obedecerte. Si, a pesar del daño probable, no me pliego al deseo que tu expreses, se puede decir que desobedezco el mandato o que transgredo el deber que impone.

Por tanto, mandato y deber son términos correlativos: el significado de cada uno es presupuesto o está implicado por el otro. Dicho de otro modo: la existencia de un deber implica la expresión de un mandato; siempre que se expresa un mandato, existe la imposición de un deber.

En síntesis, el significado de las expresiones correlativas es el siguiente: quien inflige un mal en el caso de que su deseo sea desatendido, está formulando un mandato al expresar o manifestar su propio deseo; y quien está sujeto al daño en el caso de que ignore el deseo, está obligado o vinculado por el mandato.

El daño que probablemente se aplicará en el caso de desobediencia de un mandato, o (si se usa una expresión equivalente) en el caso de transgresión de un deber, se llama generalmente *sanción*, o *imposición coactiva de la obediencia*; en otros términos, se dice que el mandato o el deber son *sancionados* o *impuestos coactivamente* por la posibilidad de sufrir un daño.

Considerado el daño de esta manera, haciendo abstracción del mandato y del deber que impone de modo coactivo, se llama generalmente *pena* al mal en que se incurre por desobe-

El significado del término «deber»

Los términos «mandato» y «deber» son correlativos

El significado del término «sanción»



diencia. Ahora bien, puesto que las penas en sentido estricto solamente son una *clase* de sanciones, el término es demasiado restringido para expresar adecuadamente su significado.

Un motivo «violento» para la obediencia no es un requisito de la existencia de un mandato, deber o sanción

Observo que el Dr. Paley, en su análisis del término *obligación*, pone demasiado énfasis en la *violencia* del motivo por el cual se obedece. En la medida en que puedo precisar el significado de su impreciso e inconsistente enunciado, se podría expresar así: que a menos que el motivo para obedecer sea *violento* o *intenso*, la expresión o manifestación de un deseo no es un *mandato*, ni constituye un *deber* para quien se dirige.

Si por motivo *violento* quiere decir un motivo que opera con certeza, entonces su afirmación es manifiestamente falsa. Cuanto mayor sea el mal en que se incurre en el caso de que el deseo sea desatendido, y mayor sea la probabilidad de su imposición en el mismo caso, mayor será sin duda la *posibilidad* de que el deseo expreso *no* sea ignorado. Pero ningún motivo concebible determina *con certeza* la obediencia, ni se puede concebir ningún motivo que haga a la obediencia inevitable. Si la afirmación de Paley fuese verdadera, en el sentido que acabo de asignarle, los mandatos y los deberes serían, simplemente, imposibles. O bien, si se reduce su hipótesis al absurdo como consecuencia de algo manifiestamente falso, los mandatos y los deberes sí serían posibles, pero nunca serían desobedecidos o incumplidos.

Si por motivo *violento* él entiende un mal que produce temor, se quiere decir simplemente esto: que quien está obligado por un mandato lo está en virtud de la previsión de un daño. Pues lo que no causa temor no se interpreta como un daño o (en otros términos) no es un daño previsto.

La verdad es que tanto la magnitud de un daño eventual como la probabilidad de su existencia son problemas ajenos a la materia en cuestión. Cuanto mayor sea el daño eventual y cuanto mayor sea la probabilidad de su imposición, mayor será la eficacia del mandato y la fuerza de la obligación; dicho de otro modo, mayor será la probabilidad de que el mandato sea obedecido o que el deber no sea incumplido. Pero si existe la menor probabilidad de sufrir el daño más pequeño, la expresión de un deseo es equivalente a un mandato y, por consiguiente, impone un deber. Si se quiere, la sanción es débil o

insuficiente; sin embargo, *existe* una sanción, y, por tanto, un deber y un mandato.

Algunos autores célebres (Locke, Bentham y creo que también Paley) aplican el término *sanción*, o *imposición coactiva de la obediencia* tanto al posible mal como al posible bien: tanto al castigo como a la recompensa. Sin embargo, a pesar de mi constante admiración por Locke y Bentham, creo que esta extensión del término está preñada de confusión y perplejidad.

Los premios son, sin duda, *motivos* para cumplir los deseos de otros. Pero hablar de mandatos y deberes como *sancionados* o *impuestos* por recompensas, o al hablar de recompensas que *obligan* o *constríen* a la obediencia, es seguramente una desviación del significado establecido de tales términos.

Si tú expresas el deseo por el que yo deba prestar un servicio, y si tú propones, una recompensa como el móvil o motivo para prestarlo, difícilmente se podrá decir que tú *ordenas* el servicio, ni que, al menos en el lenguaje común, que yo estoy *obligado* a prestarlo. En el lenguaje común tú me *prometerías* un premio a condición de que preste el servicio, mientras que yo podría ser incitado o *persuadido* a prestarlo en función de la esperanza de obtener esa recompensa.

Insisto: si una ley ofrece un *premio* como incentivo para realizar determinadas acciones, se confiere eventualmente un *derecho* y no se impone una *obligación* sobre quienes actuarán en consecuencia: la parte *imperativa* de la norma está dirigida a quien se le exige otorgar la recompensa.

En resumen: estoy decidido o inclinado a cumplir el deseo de otro por temor a la imposición de un daño o castigo; también por la esperanza de un bien o beneficio. Ahora bien, sólo por la probabilidad de sufrir un *mal* puedo decir que estoy *obligado* o *compelido* a cumplirlo. Los deberes son *sancionados* o *impuestos* solamente mediante un *mal* condicional. La manifestación de un deseo recibe el nombre de *mandato* en virtud del poder y el propósito de infligir un *mal* eventual, y no por la determinación de ofrecer eventualmente un *bien*.

Si incluimos el término *premio* en el significado del término *sanción*, tendremos que librar una batalla penosa contra el uso corriente del lenguaje; y de manera inconsciente volvere-

Los premios no son «sanciones»

mos a menudo, a pesar de nuestros esfuerzos en sentido contrario, a usar el significado más común y restringido.

El significado del término «mandato», brevemente replanteado

Después de las premisas anteriores parece que las ideas o nociones contenidas en el término *mandato* son las siguientes: 1. Una voluntad o deseo concebido por un ser racional de que otro ser racional haga u omita. 2. Un mal que proviene del primero y que puede sufrir el segundo en el caso de que no cumpla con su deseo. 3. La expresión o manifestación del deseo por medio de la palabra u otros signos.

La conexión inseparable de los tres términos, «mandato, deber y sanción»

De las anteriores premisas también resulta que *mandato*, *deber* y *sanción* son términos inseparablemente relacionados: cada uno implica las mismas ideas que los otros, aunque cada uno se refiere a ellas en un orden o en una sucesión particular.

Un deseo concebido por un sujeto y expresado o manifestado a otro, junto a un mal que se inflige y se sufre en el caso de que el deseo no sea atendido, constituyen el significado directo o indirecto de alguna de las tres expresiones. Cada una de ellas es un nombre distinto de la misma noción compleja.

El modo de esa conexión

Ahora bien, cuando hablo *directamente* de la expresión o manifestación de un deseo, empleo el término *mandato*. La expresión o manifestación del deseo se presenta de manera *prominente* a mi interlocutor, mientras que el mal en que se incurre, junto a la posibilidad de sufrirlo, se mantienen —si me puedo expresar de este modo— en el segundo plano de la escena.

Cuando hablo *directamente* de la posibilidad de incurrir en un mal, o, en otros términos, de la responsabilidad o sujeción a un mal, empleo el término *deber* u *obligación*: en este caso pongo en primer plano la responsabilidad o sujeción al mal, mientras que el resto de la noción compleja está expresado de forma implícita.

Cuando hablo *inmediatamente* del mal mismo, empleo el término *sanción*, o un término semejante: con ello me refiero de manera directa al mal que se puede sufrir, mientras que la sujeción a ese mal y la expresión o manifestación del deseo vienen señaladas de manera implícita o indirecta.

Para quienes estén familiarizados con el lenguaje de los lógicos —lenguaje sin rival por su brevedad, claridad y precisión— puedo explicar exactamente lo que pienso con una sim-

ple frase: cada uno de los tres términos *significa* la misma noción, pero cada uno *denota* un aspecto diferente de tal noción y *connota* el resto.

Hay dos clases de mandatos. Unos son *leyes* o *reglas*. Los otros no tienen un nombre apropiado, ni tampoco el lenguaje dispone de una expresión que pueda designarlos con precisión y brevedad. Por tanto, tengo que referirme a ellos del mejor modo posible con el nombre ambiguo e inexpressivo de «mandatos *ocasionales* o *particulares*».

Distinción entre las «leyes o reglas» y los mandatos que son «ocasionales o particulares»

Como los términos *leyes* o *reglas* se aplican a veces a los mandatos ocasionales o particulares, es difícil que se pueda trazar una línea de separación que concordara en su totalidad con los usos establecidos del lenguaje. No obstante, creo que la distinción entre leyes y mandatos particulares se puede fijar del siguiente modo.

Todo mandato obliga a una acción o una omisión a quien se dirige.

Ahora bien, un mandato es una ley o regla cuando obliga *generalmente* a acciones u omisiones de una *clase*. Pero cuando obliga a una acción u omisión *específica*, o a acciones u omisiones que se determinan *específica* o *individualmente*, un mandato es ocasional o particular. En otras palabras, una clase o tipo de acciones es determinada por una ley o regla, y las acciones de tales clases o tipos se imponen o prohíben de forma genérica. Pero cuando un mandato es ocasional o particular, la acción o las acciones que el mandato impone o prohíbe se indican o determinan, tanto por su naturaleza específica o individual como por la clase o el tipo al que pertenecen.

Procuraré ilustrar mediante ejemplos apropiados la afirmación que he presentado en términos abstractos.

Si se ordena al propio criado que lleve a cabo un determinado encargo, o que no abandone la casa una tarde concreta, o que se levante a determinada hora una mañana, o que se levante a tal hora durante la semana o el mes siguiente, el mandato es ocasional o particular ya que la acción o acciones impuestas o prohibidas están determinadas o indicadas con precisión.

Pero si se le ordena *simplemente* que se levante a tal hora, o que se levante a esa hora *siempre*, o que se levante a esa hora *hasta nueva orden*, se puede decir con propiedad, que se ha dic-

tado una *regla* para guiar el comportamiento del criado. Ya que el mandato no indica ninguna acción específica, sino que el mandato le obliga de forma genérica a una clase determinada de acciones.

Si se ordena a un regimiento atacar o defender una posición, o reprimir un motín, o abandonar sus cuarteles, el mandato es ocasional o particular. Pero si se da una orden que debe seguirse cotidianamente hasta nuevas instrucciones, se puede decir que estamos ante una orden *general* que *puede* denominarse *regla*.

Si el Parlamento prohíbe simplemente la exportación de grano, por un período determinado o por tiempo indefinido, se establece una ley o regla: una *clase* o *tipo* de acciones determinados por un mandato y *generalmente* prohibidas. Pero una disposición emitida por el Parlamento para afrontar una carestía inminente que impidiera la exportación del grano ya *embarcado*, no sería una ley o regla a pesar de que hubiera sido emitida por el legislador soberano. La orden que concierne exclusivamente a una partida detallada de grano así como las acciones negativas u omisiones impuestas por el mandato estarían determinadas de manera específica o individual por la naturaleza particular de su objeto.

La orden que acabamos de imaginar sería probablemente *denominada* ley en la medida que ha sido emitida por un soberano legislador y está revestida con la forma de una ley. De aquí se deriva la dificultad de trazar un límite distintivo entre leyes y mandatos ocasionales.

Repito: una acción que no constituye delito según el derecho vigente puede contrariar al soberano y, aunque sus autores son inocentes desde el punto de vista jurídico —no son delincuentes— el soberano ordena su castigo. En tanto que impone un castigo específico para ese caso determinado, y en cuanto no impone de manera general acciones u omisiones de una determinada clase, la orden emitida por el soberano no es una ley o regla.

Que esa orden fuera *denominada* ley parecería depender de circunstancias poco relevantes: es decir, poco importantes respecto de los objetivos actuales aunque fundamentales respecto de otros. Si se emitiera deliberadamente por una asamblea soberana y bajo la forma de la legislación, quizá sería denomi-

nada ley. Si fuera dictada por un monarca absoluto, sin deliberación o especial solemnidad, apenas se podría confundir con disposiciones legislativas y sería más bien definida como un mandato arbitrario. Sin embargo, su naturaleza sería la misma en ambos casos. No sería ni ley ni regla, sino un mandato ocasional o particular del soberano, individual o colectivo.

Para concluir con un ejemplo que ilustre mejor esta distinción y que muestre mejor su importancia, los *mandatos judiciales* son generalmente ocasionales o particulares, aunque los mandatos que pretenden hacer efectivos son generalmente leyes o reglas.

Por ejemplo, el legislador ordena que los ladrones sean ahorcados. Dada la existencia de un robo y de un ladrón determinado, el juez ordena que el ladrón sea ejecutado conforme al mandato del legislador.

En este caso, el legislador determina una clase o tipo de acciones; prohíbe las acciones que pertenecen a una clase de forma general e indefinida; y ordena, de la misma forma general, que la sanción siga a la transgresión. Por tanto, el mandato del legislador es una ley o regla. Pero el mandato del juez es ocasional o particular, ya que el juez impone un castigo específico como consecuencia de un delito determinado.

En virtud de la división que he intentado trazar, una ley y un mandato particular se distinguen del siguiente modo: la ley impone *generalmente* acciones u omisiones de una *clase*; el mandato particular impone o prohíbe acciones *determinadas específicamente*.

Blackstone y otros han trazado una línea de separación diferente. Según ellos, una ley y un mandato particular se distinguen del siguiente modo. Una ley obliga *en general* a los miembros de una determinada comunidad, o a las personas de una clase determinada. Un mandato particular obliga a una persona *individual*, o a personas determinadas *individualmente*.

Después de una breve reflexión demostraré con claridad el por qué no puede trazarse esta distinción entre las leyes y los mandatos particulares.

En efecto, *en primer lugar*, los mandatos que obligan en general a los miembros de una determinada comunidad, o a personas de clases determinadas, no son siempre leyes o reglas.

Así, en el caso ya supuesto del soberano que ordena que todo el grano embarcado para la exportación sea retenido y confiscado, el mandato es obligatorio para toda la comunidad, pero debido a que solamente impone una serie de acciones individualmente determinadas, no es una ley. Supongamos de nuevo que el soberano emite una orden, respaldada por sanciones, que haga obligatorio el luto con ocasión de una calamidad pública. En este caso, aunque la orden se dirige a la comunidad entera, apenas puede ser considerada como una regla en el significado común del término; porque, aunque obliga generalmente a todos los miembros de la comunidad, lo hace respecto de actos designados específicamente en lugar de imponer en general acciones u omisiones de una clase. Si el soberano ordenase a sus súbditos vestirse de color *negro*, su mandato tendría el valor de una ley. Pero si se ordenase vestir de tal manera en una ocasión específica, su mandato sería meramente particular.

En *segundo lugar*, un mandato que obliga exclusivamente a personas determinadas de forma individual puede resultar, no obstante, una ley o regla.

Por ejemplo, un padre podría imponer una *regla* a su hijo o a sus hijos; un tutor a su pupilo; un amo a su siervo o esclavo. Y algunas de las leyes de Dios fueron tan vinculantes para el primer hombre como lo son ahora para los millones que han brotado de sus costillas.

En efecto, la mayor parte de las leyes emitidas por los superiores políticos, o la mayor parte de las leyes así llamadas de modo estricto y simple, obligan generalmente a los miembros de la comunidad política o a las personas que pertenecen a una clase. El intento de crear un sistema de deberes para cada uno de los miembros de la comunidad sería simplemente imposible, y aunque fuera posible sería completamente inútil. La mayor parte de las leyes emitidas por los superiores políticos son, por tanto, *generales* en dos sentidos: en tanto que prohíben o imponen en general actos de un determinado género o especie; y en cuanto vinculan a la comunidad entera o, al menos, a clases completas de sus miembros.

Pero supongamos que el Parlamento crea y otorga una concesión, y después obliga al concesionario a la prestación de servicios de un determinado tipo. Entonces pensamos en una ley

establecida por los superiores políticos y, sin embargo, exclusivamente obligatoria para una persona específica o determinada.

Las leyes establecidas por los superiores políticos que obligan exclusivamente a personas específicas o determinadas se denominan, según el lenguaje de los juristas romanos, *privilegia*. Bien es cierto que ese nombre, en realidad, apenas los denota con precisión: pues como la mayor parte de los términos fundamentales de los sistemas jurídicos vigentes, no es el nombre de una clase definida de objetos, sino de un conjunto de elementos heterogéneos<sup>1</sup>.

De las premisas anteriores se concluye que una ley propiamente dicha puede ser definida del siguiente modo.

Una ley es un mandato que obliga a una o a varias personas.

Pero, en oposición o contrapuesta a un mandato ocasional o particular, una ley es un mandato que obliga a una o a varias personas, y que obliga *generalmente* a acciones u omisiones de una *clase*.

En un lenguaje más popular pero menos claro o preciso, una ley es un mandato que obliga a una o a varias personas a seguir un determinado *curso* de conducta.

Se dice que las leyes y otros mandatos proceden de *superiores*, y que obligan o se imponen a *inferiores*. Por consiguiente, analizaré el significado de estas expresiones correlativas, tratando de despojarlas de cierta aura de misterio que hace oscurecer su significado.

La *superioridad* es a menudo sinónimo de *prioridad* o *excelencia*. Hablamos de superiores en rango, en riqueza y en virtud

La definición de una ley o regla, «propiamente» dicha

El significado de los términos correlativos «superior» e «inferior»

1. Allí donde un *privilegium* impone simplemente un deber, obliga exclusivamente a una persona o personas determinadas. Pero si un *privilegium* confiere un derecho, y el derecho conferido *vale contra todos*, la ley, desde cierto punto de vista, es un *privilegium*, pero también es una ley general desde otra perspectiva. Con respecto al derecho conferido, la ley tiene en cuenta exclusivamente a una persona determinada, y, por consiguiente, constituye un *privilegium*. Con respecto al deber impuesto, y en relación con el derecho conferido, la ley generalmente tiene en cuenta a todos los miembros de una comunidad.

Esto lo explicaré con más detalle en un apartado posterior de mi curso, cuando analice la naturaleza peculiar de los, así denominados, *privilegia* o *leyes privadas*.

cuando comparamos ciertas personas con otras y entendemos que las primeras preceden o sobresalen en rango, riqueza o virtud con respecto a las últimas.

Ahora bien, el término *superioridad*, en el sentido en que aquí lo entiendo, significa *poder* (*might*): el poder de infligir un daño o mal a otros, y de forzarles, en virtud del miedo a ese daño, a adecuar su conducta a los deseos de uno.

Por ejemplo, se dice de modo enfático que Dios es el *superior* del hombre, ya que su poder de infligirnos daño y forzarlos a cumplir su voluntad es ilimitado e irresistible.

Para un conjunto limitado, el soberano, ya se trate de una persona o de varias, es el superior de los súbditos o ciudadanos; el amo de sus esclavos o criados; el padre de sus hijos.

En resumen, es *superior* quien puede *obligar* a otro a cumplir sus deseos, tanto como alcance su capacidad: la parte que está sujeta a la amenaza del daño es, con ese mismo alcance, el *inferior*.

El poder o superioridad de Dios es directo o absoluto. Pero en la totalidad o en la mayor parte de los casos de superioridad humana, las relaciones de superiores a inferiores y de inferiores a superiores son recíprocas. En otros términos, la parte que es superior desde un punto de vista es inferior desde otro.

Por ejemplo, en una medida indefinida —aunque limitada— el monarca es el superior de los gobernados: su poder es generalmente suficiente para hacer cumplir su voluntad. Pero los gobernados, de modo colectivo o en masa, son también los superiores del monarca, que es controlado en sus abusos de poder por el miedo a provocar su ira, y a tornar en resistencia activa el poder que late en la multitud.

Un miembro de la asamblea soberana es el superior del juez, ya que el juez está sometido al Derecho procedente de ese cuerpo soberano. Sin embargo, en su papel de ciudadano o súbdito, es inferior al juez, ya que éste es ministro de la ley y está armado con el poder de imponerla.

Por consiguiente, resulta que el término *superioridad* (como los términos *deber* y *sanción*) está implicado en el término *mandato*. En efecto, la superioridad es el poder de hacer cumplir un deseo, y tanto la manifestación o expresión de ese deseo, como el poder y la intención de hacerlo cumplir son los elementos constitutivos de un mandato.

Decir «que las leyes emanan de *superiores*» es, por tanto, una proposición idéntica, pues el significado que se quiere dar a entender está ya contenido en su sujeto.

Si hago hincapié en la fuente específica de una ley determinada o subrayo la fuente de leyes de una determinada clase, es posible que esté dando algún tipo de información a quien me escucha. Pero predicar universalmente de las leyes que «proviene de los *superiores*» o que «los *inferiores* están obligados a obedecerlas» es la tautología más simple e inútil.

Como la mayor parte de los principales términos de la ciencia de la jurisprudencia y de la moral, el término *leyes* es extremadamente ambiguo. En el significado más amplio que se le puede asignar con propiedad, las *leyes* son una especie de *mandatos*. Pero el término se aplica de manera impropia a varios objetos que no tienen carácter imperativo: a objetos que no son mandatos y que, por consiguiente, no son leyes en sentido propio.

Por tanto, la proposición «las leyes son mandatos» debe ser tomada con precauciones. O, más bien, tenemos que distinguir los varios significados del término *leyes* y restringir tal enunciado a esa clase de objetos contenidos en el significado más amplio que se le puede asignar en sentido propio.

Ya he aludido, y a partir de ahora los describiré de un modo más completo, a los objetos impropriamente llamados leyes que *no* están dentro del ámbito de la jurisprudencia (ya se trate de las reglas impuestas por la opinión y que mantienen una relación de analogía próxima con las leyes propiamente dichas, o de leyes llamadas así por un simple uso metafórico del término). Existen otros objetos llamados leyes impropriamente (que no son mandatos) y que, sin embargo, pueden incluirse con propiedad en el ámbito de la jurisprudencia. A continuación trataré de especificarlos:

1. Los actos emitidos por el legislador que sirven para *explicar* el derecho positivo difícilmente pueden ser denominados leyes en el significado propio del término. No producen ningún cambio en los deberes reales de los gobernados, sino que declaran simplemente cuáles son esos deberes; son propiamente actos de *interpretación* realizados por la autoridad legisla-

Las leyes («impropriamente» dichas) que no son mandatos

tiva. O si se toma prestada una expresión de los romanistas, son actos de interpretación *auténtica*.

A pesar de ello, tales actos, con frecuencia, son denominados leyes; normas o leyes *declarativas*. Por consiguiente, deben ser consideradas como una excepción de la proposición «las leyes son una especie de mandatos».

En efecto, ocurre con frecuencia (como demostraré en el momento oportuno) que las leyes nominalmente declarativas son, de hecho, imperativas: tanto la interpretación legislativa como la judicial son frecuentemente engañosas, ya que establecen nuevo derecho bajo la apariencia de exponer el antiguo.

2. Las leyes que derogan leyes y dispensan del cumplimiento de deberes existentes, constituyen también una excepción de la tesis según la cual «las leyes son una especie de mandatos». En la medida que eximen del cumplimiento de deberes impuestos por leyes anteriores, no son mandatos, sino revocaciones de mandatos. Autorizan o permiten a las partes a las que la revocación se extiende a hacer u omitir actos que estaba mandado omitir o hacer. Con relación a *esto*, su propósito directo e inmediato, se denominan a menudo *leyes permisivas*, o con mayor brevedad y precisión, *permisos*.

En realidad, desde un punto de vista indirecto y remoto, las leyes permisivas son siempre, o a menudo, imperativas. Pues a quienes están dispensados de deberes se les restaura en sus libertades o derechos y los deberes que responden a sus derechos son, por consiguiente, creados o reavivados.

Pero esta es una cuestión que examinaré con mayor precisión cuando analice las expresiones «derecho subjetivo» (*legal right*), «permiso del soberano o del Estado» y «libertad civil o política».

3. Las leyes imperfectas, o las leyes de obligación imperfecta, constituyen una ulterior excepción de la proposición «las leyes son una especie de mandatos».

Una ley imperfecta (en el sentido usado por los juristas romanos) es una ley sin sanciones, por lo que no es vinculante. El ejemplo más simple y obvio lo constituye la ley que declara el carácter delictivo de ciertos actos, pero sin establecer ninguna pena por la comisión de acciones de esta clase.

Aunque el autor de una ley imperfecta expresa un deseo, no manifiesta propósito alguno de forzar el cumplimiento de ese

deseo. Pero cuando falta la intención de imponer coactivamente tal deseo, su manifestación no constituye un mandato. Por tanto, una ley imperfecta no es propiamente una ley, sino un consejo o exhortación de un superior a sus inferiores.

Los juristas romanos citan ejemplos de leyes imperfectas. En Inglaterra, por el contrario, las leyes que se presentan como imperativas son siempre —creo— perfectas u obligatorias. Cuando el legislador inglés emite un mandato, los tribunales ingleses presumen, no sin razón, que exige obediencia. Y, si no existe ninguna sanción específica aneja a una ley determinada, los tribunales de justicia proveen una conforme a un principio general que se dé en los casos de este tipo.

Las leyes imperfectas de las que estoy hablando lo son en el sentido que le daban *los juristas romanos*: es decir, leyes que expresan los deseos de los superiores políticos, pero que sus autores, por negligencia o de manera voluntaria, no han dotado de sanciones. Muchos de los escritores sobre *moral*, o sobre la, así llamada, *ley de la naturaleza*, han añadido un significado diferente al término *imperfecto*. Al hablar de obligaciones imperfectas generalmente quieren decir deberes *no jurídicos*: deberes impuestos por los mandatos de Dios o por la moral positiva, distintos de los deberes impuestos por el derecho positivo. Una obligación imperfecta, en el sentido usado por los juristas romanos, es exactamente equivalente a la ausencia de una obligación: porque el término *imperfecto* denota que el derecho carece de las sanciones propias de las leyes jurídicas. Una obligación imperfecta, en el otro significado de la expresión, es una obligación moral o religiosa. El término *imperfecto* no denota que la ley que impone un deber carezca de las sanciones apropiadas, sino que *no* es una ley establecida por un superior político: que carece de esas sanciones *perfectas*, más fuertes y seguras, impuestas por el Estado o el soberano.

Creo que ahora he repasado todas las clases de objetos a los que, impropriamente, se aplica el término de *leyes*. Las leyes (impropriamente dichas) que acabo de exponer son, creo, las únicas leyes que, a pesar de no pertenecer a la clase de los mandatos, sin embargo pueden incluirse propiamente dentro del ámbito de la jurisprudencia. Pero aunque éstas, junto a las leyes impuestas por la opinión y las que lo son en sentido meta-

Las leyes («propiamente» dichas) que pueden «parecer» no imperativas

fórico, son las únicas leyes que *realmente* no son mandatos, existen ciertas leyes (en sentido propio) que pueden *parecer* no imperativas. En consecuencia, añadiré algunas consideraciones sobre las leyes que presentan estas características tan ambiguas.

1. Se puede sostener que existen leyes que *exclusivamente* crean *derechos*: y teniendo en cuenta que todo mandato impone un *deber*, las leyes de este tipo no son imperativas.

Ahora bien, como ya he sugerido y después mostraré con mayor amplitud, no existen leyes que *exclusivamente* crean *derechos*. Es verdad que existen leyes que crean *exclusivamente deberes*: deberes que no se relacionan con derechos correlativos, y que, por tanto, podríamos llamar *absolutos*. Pero toda ley que confiera efectivamente un derecho impone, de manera expresa o tácita, un deber *relativo*, un deber correlativo con el derecho. Si especifica la respuesta que se ha de seguir en el caso de que se infrinja el derecho, la ley impone expresamente el deber relativo. Si no se especifica la respuesta, la ley se refiere tácitamente al derecho objetivo (*law*) preexistente, y reviste al derecho subjetivo (*right*) que pretende crear de la respuesta prevista por tal derecho objetivo. Por consiguiente, toda ley que confiera realmente un derecho, es imperativa: tan imperativa como si su propósito fuera la creación de un deber, o como si el deber relativo que produce de manera inevitable fuera simplemente absoluto.

Los significados del término *derecho subjetivo* son variados y confusos; si se toma el término en su propio significado comprende numerosas ideas complejas; por ello, la investigación y el amplio análisis que el término exige tendría que ocupar mucho más espacio del que puedo disponer en esta lección. Sin embargo, no es necesario desarrollar aquí tal estudio. Me propongo, en mis primeras lecciones, delimitar el objeto de la jurisprudencia, o distinguir las leyes establecidas por los superiores políticos de las distintas leyes, tanto en sentido propio como impropio, con las que a menudo se confunden. Y este plan puede llevarse a cabo satisfactoriamente sin necesidad de realizar una investigación minuciosa del significado del término *derecho subjetivo*.

2. Según una opinión a la que me referiré aquí de manera *incidental* —aunque la cuestión con la que se relaciona se trata-

rá posteriormente de manera *directa*— las *normas consuetudinarias* son una excepción del enunciado «las leyes son una especie de mandatos».

Muchos de los admiradores de las normas consuetudinarias, especialmente los germanos, piensan que tales normas obligan jurídicamente —con independencia del soberano o del Estado— *porque* los ciudadanos o los súbditos las observan y respetan. De acuerdo con tal opinión, estas normas no serían *creadas* por el soberano o el Estado, aunque podrían abolirlas a su conveniencia. De acuerdo con esta opinión, serían derecho positivo (o derecho en sentido estricto) en la medida en que fueran impuestas por los tribunales de justicia; sin embargo, existirían *como derecho positivo* por la adopción espontánea de los gobernados y no por la imposición o creación de parte de los superiores políticos. Por consiguiente, las normas consuetudinarias, consideradas como derecho positivo, no son mandatos y, en consecuencia, no son leyes o reglas propiamente dichas.

Una opinión menos oscura, pero de algún modo relacionada con la anterior, es defendida por autores que son contrarios a la idea de las normas consuetudinarias y a todo derecho de creación judicial o a modo de legislación judicial. Según esta última opinión, todo derecho de creación judicial, o todo derecho de creación judicial establecido por los jueces *subordinados*, sería una simple creación de los jueces por los que se establece de modo inmediato. Atribuirlo al legislador soberano, o suponer que se pone de manifiesto su voluntad, es una de las *ficciones* más absurdas y disparatadas con la que los juristas, de cualquier época o nacionalidad, han confundido y oscurecido las verdades más simples y evidentes.

Si reflexionamos por un instante se observa que las dos opiniones son infundadas: que el derecho consuetudinario es *imperativo*, en el significado propio del término; y que todo el derecho de creación judicial emana del soberano o del Estado.

En principio, una costumbre es una regla de conducta que los gobernados observan espontáneamente, es decir, sin necesidad de seguir una ley impuesta por un superior político. La costumbre se transforma en derecho positivo cuando es adoptada como tal por los tribunales de justicia, y cuando las decisiones judiciales que la formalizan son impuestas por el poder

del Estado. Pero antes de que sea adoptada por los tribunales y revestida con la sanción jurídica, es, simplemente, una regla de la moral positiva: una regla generalmente observada por los ciudadanos o los súbditos, pero que deriva la única fuerza que se le puede atribuir de la general desaprobación que recae sobre quienes la transgreden.

Ahora bien, cuando los jueces transforman una costumbre en una regla jurídica (así como cuando crean una regla jurídica que no depende de una costumbre), se puede decir que tal regla es establecida por el legislador soberano. Un juez inferior y subordinado es simplemente un funcionario (*minister*). La parte del poder soberano de la que dispone es simplemente delegada. La fuerza jurídica de las reglas que crea se deriva de la autoridad atribuida por el Estado: una autoridad que el Estado puede conferir expresamente, aunque suele venir conferida por simple aquiescencia. Pues como el Estado puede revocar las reglas que el juez crea, y sin embargo le permite su imposición coactiva en virtud del poder de la comunidad política, la voluntad soberana de «que sus reglas equivalgan a derecho» se pone de manifiesto claramente por su conducta aunque no lo haga de manera expresa.

Los defensores del derecho consuetudinario pretenden engalanar a su ídolo de poderosas y enigmáticas cualidades; pero para quienes perciben la diferencia entre el derecho y la moralidad positiva, no hay nada misterioso en torno a ello. Las normas consuetudinarias, consideradas como reglas de la moral positiva, surgen del consentimiento de los gobernados y no de su imposición o establecimiento por los superiores políticos. Ahora bien, consideradas como reglas morales que se transforman en leyes positivas, las normas consuetudinarias son establecidas por el Estado: bien directamente, cuando las costumbres se promulgan en sus respectivas leyes; bien de manera indirecta, cuando son adoptadas por los tribunales.

Las opiniones de quienes rechazan el derecho de creación judicial surgen de su inadecuada concepción de la naturaleza de los mandatos.

Como cualquier manifestación de un deseo, los mandatos son expresos o tácitos. Si el deseo se expresa por medio de palabras (escritas o habladas), el mandato es expreso; si se indica

por medio de la conducta (o por cualquier otra manifestación *distinta* de las palabras), el mandato es tácito.

Ahora bien, cuando las costumbres se transforman en reglas jurídicas por las decisiones de los jueces subordinados, las reglas jurídicas originadas en las costumbres son mandatos *tácitos* del legislador soberano. El Estado, que tiene el poder de abolirlas, permite a sus funcionarios su imposición coactiva; por consiguiente, manifiesta su aprobación, mediante su aceptación voluntaria, de que «tienen la fuerza de las leyes respecto de sus gobernados».

Mi intención ahora es simplemente la de probar que el derecho positivo denominado *consuetudinario* (y todo derecho positivo creado judicialmente) es establecido por el Estado, directa o indirectamente, y, por tanto, es *imperativo*. No quiero discutir si el derecho creado judicialmente (o mediante la legislación en sentido *impropio*) y el derecho producido por la ley (o mediante la legislación en sentido *propio*) tienen grandes diferencias. En mis próximas lecciones analizaré tales diferencias, y por qué los jueces subordinados, que propiamente serían simples aplicadores del derecho, han compartido generalmente con el soberano la facultad de crear derecho.

Por consiguiente, sostengo que las únicas leyes no imperativas que forman parte del objeto de la jurisprudencia son las siguientes:

Las leyes que no son mandatos, enumeradas

1. Leyes declarativas (*declaratory*) o que explican el alcance del significado del derecho positivo vigente;
2. Leyes derogatorias o revocatorias del derecho positivo preexistente;
3. Leyes imperfectas o de obligación imperfecta (en el sentido de la expresión usada por los juristas romanos).

Pero el espacio ocupado por tales leyes en la ciencia jurídica es, comparativamente, pequeño e insignificante. Por tanto, aunque las tendré en cuenta siempre que me refiera a ellas de modo directo, las ignoraré en otras ocasiones. O, en otros términos, limitaré el término *ley* a las leyes imperativas, salvo en los casos en que lo extienda expresamente a las leyes que no lo son.