

DETERMINACION DEL OBJETO DE ESTUDIO DE LA TEORIA DEL DERECHO (*) (**)

John Austin

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

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

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

Al determinar la esencia o naturaleza de una ley propiamente tal e imperativa, y al determinar los caracteres respectivos de esas cuatro clases diversas, puedo determinar positiva y negativamente la materia apropiada de estudio de la teoría del derecho. Puedo establecer positivamente cuál es dicha materia, y distinguirla de varios

* The province of Jurisprudence Determinated.

** Traducción realizada por Rodrigo P. Correa G. ayudante de Introducción al Derecho, Fac. Derecho U. de Chile, editor de Revista Derecho y Humanidades y Macarena Navarrete, alumna de Derecho, Universidad de Chile.

objetos que están relacionados a ella de diversos modos, y con los cuales con no poca frecuencia se mezcla y confunde. Mostraré también sus afinidades con estos variados objetos con que se relaciona: afinidades que deben ser comprendidas de la forma más precisa y clara que se pueda, desde que hay una gran parte de la razón de ser del derecho positivo para la cual aquéllas son la clave única o principal.

CONFERENCIA 1

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

Puede decirse que una ley, en la acepción más general y amplia en que el término es usado según su significado literal, es una norma dada para la guía de un ser inteligente por otro ser inteligente con poder sobre aquél. Bajo esta definición se comprenden, sin impropiedad, varias especies. Es necesario definir con precisión la línea de demarcación que separa estas especies entre sí, ya que mucha nebulosa y embrollo ha habido en la ciencia del derecho por estar éstas confundidas o no estar claramente distinguidas. En el sentido amplio recién señalado, o en el significado más comprensivo que tiene, sin extenderlo por metáfora o analogía, el término derecho abarca los siguientes objetos: leyes dadas por Dios a sus criaturas humanas, y leyes dadas por hombres a hombres.

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

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

De las leyes o normas dadas por hombres a hombres, algunas son establecidas

por superiores *políticos*, soberano y súbdito; por personas que ejercen el *gobierno* supremo y subordinado, en naciones independientes, o en sociedades políticas independientes. El agregado de las normas así establecidas, o algún agregado que forma parte de aquel agregado, es la materia de estudio apropiada de la teoría del derecho, general o particular. El término *derecho*, según es usado simple y estrictamente, se aplica exclusivamente al agregado de normas así establecidas, o a algún agregado que forma parte de aquel agregado. Pero, en contraposición al derecho *natural*, o al derecho de la *naturaleza* (significando con tales expresiones la ley de Dios), el agregado de esas normas, establecidas por superiores políticos, es frecuentemente denominado derecho *positivo*, o derecho que existe por haber sido puesto¹. En contraposición a las normas que llamé *moral positiva*, y de las que trataré inmediatamente, el agregado de las normas establecidas por superiores políticos, también puede ser cómodamente etiquetado con el nombre de *derecho positivo*. Luego, con el objeto de tener un nombre breve y distintivo a la vez, denominaré a ese agregado de normas, o a cualquier porción de él, *derecho positivo*: aunque las normas que no son establecidas por superiores políticos, siempre que sean normas o leyes en la significación propia del término, también son *positivas* o existen por haber sido puestas.

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

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

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

¹ En el original, "... frequently styled *positive law*, or law existing *by position*." [N de los Ts.]

² "Law" en el original. En inglés, la palabra "law" se usa tanto para referirse al derecho objetivo como a la ley. [N. de los Ts.]

positiva como debería ser si se conformara a la ley de Dios, y fuere, por lo tanto, digna de aprobación.

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

Habiendo sugerido el *propósito* de mi esfuerzo por determinar el objeto de la teoría del derecho: distinguir el derecho positivo, la materia de estudio apropiada de la teoría del derecho, de los varios objetos con los que se le relaciona por semejanza, y con los que se relaciona, cercana o remotamente, por una analogía fuerte o débil; ahora estableceré la esencia de una *ley* o *norma* (tomado en el significado más amplio que con propiedad se le puede dar al término).

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

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

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

Si Ud. expresa o intima un deseo de que yo haga o me abstenga de hacer algo,

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

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

Al estar expuesto a un mal de parte suya si no cumpla con un deseo que Ud. ha expresado, estoy *ligado* u *obligado* por su mandato, o estoy bajo un *deber* de obedecerla. Si a pesar del mal amenazado, no cumpla con el deseo que Ud. ha proferido, se dice que he desobedecido su mandato, o que he violado el deber que me imponía. O, cambiando la expresión, siempre que existe un deber, ha sido expresado un deseo; y siempre se expresa un mandato, un deber es impuesto.

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

El mal en que probablemente se incurrirá en caso que el mandato sea desobedecido o, para usar una expresión equivalente, en caso que el deber sea quebrantado, frecuentemente es llamado *sanción* o *coacción*.³ O, variando la frase, se dice que el mandato o el deber son *sancionados* o *respaldados* por la probabilidad de incurrir en un mal.

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

Observo que el Dr. Paley, en su análisis del término *obligación*, pone mucho énfasis en la *violencia* del motivo para cumplir. Hasta donde puedo extraer un significado de su vaga e inconsistente afirmación, su significado parece ser éste: que salvo

que el motivo para cumplir sea *violento* o *intenso*, la expresión o intimación de un deseo no es un *mandato*, ni está la parte hacia la que dirige bajo un *deber* de obedecerlo.

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

Si por un *motivo* violento él quiere significar un mal que inspira temor, su significado es simplemente éste: que la parte obligada por un mandato está obligada por la expectativa de un mal. Pues aquello que no es temido no se percibe como un mal, o, cambiando la forma de la expresión, no es un mal en perspectiva.

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

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

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

Si *Ud.* expresa su deseo de que *yo* preste un servicio, y si *Ud.* ofrece un premio como el motivo que induce a prestarlo, difícilmente se diría que *Ud.* *ordena* el servicio,

⁴ En el original, "... the term *sanction*, or *enforcement of obedience*..." [N. de los Ts.]

tampoco estaré yo, en lenguaje ordinario, *obligado* a prestarlo. En lenguaje ordinario, Ud. me *prometería* un premio, bajo condición de que yo prestara el servicio, mientras que yo podría ser *incitado* o *persuadido* a prestarlo por la esperanza de obtener el premio.

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

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

Si incluimos el *premio* dentro del sentido del término *sanción*, nos vemos obligados a lanzarnos en una pesada batalla con el sentido que tiene en el lenguaje común; y en repetidas ocasiones se deslizará inconscientemente, sin perjuicio de nuestros esfuerzos en contrario, en el significado más estrecho que tiene en el uso corriente.

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

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

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

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

Cuando me refiero *directamente* a la probabilidad de incurrir en el mal o, cambiando la expresión, a la responsabilidad o sujeción al mal, empleo el término *deber*,

o el término *obligación*: destacando la responsabilidad o sujeción al mal, y significando implícitamente el resto de la compleja noción.

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

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

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

Los términos *leyes* o *normas* han sido frecuentemente usados como sinónimos de '*mandatos ocasionales* o *particulares*', y es extremadamente difícil establecer una línea de separación que sirva para distinguir en todos los casos a los unos de los otros. Pero la distinción entre leyes y mandatos particulares, pienso yo, debe hacerse de la manera siguiente.

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

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

Ilustraré ahora, por medio de ejemplos adecuados, el argumento que he dado en abstracto.

Si Ud. ordena a su sirviente ir a una determinada diligencia, o no abandonar su casa en una tarde determinada, o a levantarse a esa hora durante la semana o mes siguiente, el mandato es ocasional o particular, debido a que el acto o actos exigidos o prohibidos están específicamente determinados o fijados.

Pero si Ud. le ordena simplemente levantarse a esa hora o levantarse a esa ho-

ra siempre, o levantarse a esa hora *hasta nuevas órdenes*, puede decirse, con propiedad, que ha dado una *norma* para guiar la conducta de su sirviente, porque ningún acto específico ha sido señalado por el mandato, pero el mandato lo obliga generalmente a actuar de una determinada manera.

Si a un regimiento se le ordena atacar o defender una posición, o repeler una revuelta, o marchar desde sus actuales cuarteles, el mandato es ocasional o particular. Pero si se le da una orden para obedecer diariamente hasta futuras órdenes, ésta sería una orden *general* y podría ser llamada *norma*.

Si el parlamento simplemente prohibiera la exportación de maíz, por un período dado o indefinidamente, establecería una ley o norma: una *clase* o *tipo* de actos determinados por un mandato, y actos de esa clase o tipo serían *generalmente* prohibidos. Pero una orden hecha por el parlamento para impedir una escasez amenazante, que parara las exportaciones de maíz *entonces embarcadas y en puerto*, no sería una ley o norma, aunque hecha por un legislador soberano. La orden referida a una cantidad exclusiva de maíz, los actos negativos o prohibiciones, exigidos por el mandato, serían determinados específica o individualmente por la determinada naturaleza de su clase.

Por haber sido creada por un legislador soberano, y por tener la forma de una ley, la orden que ahora he imaginado probablemente habría sido *llamada* ley. Por esto, la dificultad de dibujar una línea clara de separación entre las leyes y los mandatos ocasionales.

Volvamos: al soberano le desagrada un acto que de acuerdo a la legislación existente no es un delito; y aunque los autores de los actos son legalmente inocentes o inofensivos, el soberano manda que sean castigados. Al crear una sanción específica en ese caso específico, y al no prescribir generalmente actos o abstenciones de una clase, la orden dada por el soberano no es una ley o norma.

El que una orden semejante sea *llamada* ley parece depender de circunstancias que son puramente inmateriales: inmateriales, esto es, respecto de nuestro actual propósito, aunque material en referencia a otros. De haber sido hecha por una asamblea soberana deliberadamente, y con la forma de legislación, sería probablemente llamada una ley. De haber sido dada por un monarca absoluto, sin discusión o ceremonia, no sería considerada como un acto de legislación y sería llamada mandato arbitrario. Así y todo, en cualquiera de estos casos, su naturaleza sería la misma. No sería una ley o norma, sino un mandato ocasional o particular de un soberano simple o compuesto.

Para concluir con un ejemplo que ilustre mejor esta distinción, y que muestre la importancia de la distinción más conspicuamente, los *mandatos judiciales* son comúnmente mandatos ocasionales o particulares, aunque los mandatos que se supone de-

ben respaldar, son generalmente leyes o normas.

Por ejemplo, el legislador manda que los ladrones sean colgados. Cuando se produce un determinado robo por un determinado ladrón, el juez mandará que el ladrón sea colgado, de acuerdo con el mandato del legislador.

Ahora el legislador determina un tipo o descripción de actos; prohíbe general e indefinidamente actos de ese tipo; y manda, con la misma generalidad, que un castigo deberá seguir a la transgresión. El mandato del legislador es, por lo tanto, una ley o norma. Pero el mandato del juez es ocasional o particular, porque ordena un castigo específico, como consecuencia de una ofensa específica.

De acuerdo con la línea de separación que he tratado de describir aquí, una ley se distingue de un mandato particular así: actos y prohibiciones de una clase son impuestos con *generalidad* por la primera. El segundo ordena o prohíbe actos *específicamente determinados*.

Una línea de separación diferente ha sido dibujada por Blackstone y otros. De acuerdo con Blackstone y otros, una ley se distingue de un mandato particular de la siguiente manera: una ley obliga *generalmente* a los miembros de una comunidad dada, o una ley obliga *generalmente* a personas de una clase dada. Un mandato particular obliga a una persona singular, o personas que ha determinado *individualmente*.

Las leyes y mandatos particulares no deben distinguirse así, como se verá después de un momento de reflexión.

Porque, *primero*, los mandatos que obligan generalmente a los miembros de una comunidad dada, o los mandatos que obligan generalmente a personas de ciertas clases, no son siempre leyes o normas.

Por esto, en el caso ya supuesto; ese en que el soberano manda que todo el trigo actualmente embarcado para exportación sea parado y detenido; el mandato es obligatorio para toda la comunidad, pero como la obliga sólo a un conjunto de actos individualmente señalados, no es una ley. Nuevamente, suponga que el soberano da una orden, reforzada con penas, para un luto general por ocasión de una calamidad pública. Ahora, aunque a la larga está dirigida a toda la comunidad, la orden es escasamente una norma, en la acepción usual del término, porque, aunque obliga generalmente a los miembros de la comunidad entera, obliga a actos que señala específicamente, en vez de obligar generalmente a actos u omisiones de una clase. Si el soberano manda que sus súbditos vistan de negro, su mandato sería una ley. Pero si les ordenara vestirse de negro en una ocasión especial, su mandato sería meramente particular.

Y, *segundo*, un mandato que obligara exclusivamente a personas individual-

mente determinadas puede, no obstante, ser una ley o norma.

Por ejemplo, un padre puede dar una *norma* a su(s) hijo(s): un tutor a su pupilo; un amo a su esclavo o sirviente. Y algunas de las leyes de Dios eran obligatorias para el primer hombre, como lo son hoy día para las millones de personas que descienden de él.

La mayoría de las leyes que son establecidas por superiores políticos, o muchas de las leyes que son simple y estrictamente así llamadas, obligan generalmente a los miembros de la comunidad política, u obligan generalmente a personas de un tipo. Estructurar un sistema de deberes para cada miembro de a comunidad, sería simplemente imposible: y si fuera posible, sería enormemente inútil. La mayoría de las leyes establecidas por superiores políticos son, por lo tanto, *generales* desde dos puntos de vista: permitiendo o prohibiendo generalmente actos de un tipo o clase; y obligando a toda la comunidad, o, al menos, a clases completas de sus miembros.

Pero si suponemos que el parlamento crea y concede un oficio, y obliga al funcionario a servicios de determinada descripción, suponemos una ley establecida por superiores políticos, la que sin embargo obliga exclusivamente a una persona específica y determinada.

Las leyes establecidas por superiores políticos, y dirigidas exclusivamente a personas específicas o determinadas, se denominan, en el lenguaje de los juristas romanos, *privilegia*. Aunque éste es un nombre que difícilmente las denota con claridad, pues al igual que muchos de los principales términos en los actuales sistemas de derecho, no es el nombre de una clase definida de objetos, sino el de una multitud de objetos heterogéneos.⁵

Aparece, de lo que ha sido expuesto, que una ley, propiamente dicha, puede ser definida de la siguiente manera.

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

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

⁵ Cuando un *privilegium* meramente impone un deber, obliga exclusivamente a una persona o personas determinadas. Pero cuando un *privilegium* confiere un derecho, y este derecho es *oponible a todo el mundo*, la ley es un *privilegium* mirado desde un punto de vista, pero también es una *ley general* mirado desde otro. Con respecto al derecho conferido, la ley mira exclusivamente a una persona determinada, y por lo tanto es un *privilegium*. Con respecto al deber impuesto, correlativo al derecho conferido, la ley se dirige generalmente a los miembros de toda la comunidad. Explicaré esto en particular en un punto subsecuente de mi curso, cuando considere la naturaleza peculiar de los así llamados *privilegia*, también llamadas *leyes particulares*.

En palabras más populares pero menos distintivas y precisas, una ley es un mandato que obliga a una persona o personas a un *curso* de conducta.

Las leyes y otros mandatos se dicen proceder de *superiores*, y obligar a *inferiores*. Analizaré por tanto el significado de estas expresiones correlativas, e intentaré despojarlas de cierto misterio por el cual este simple significado aparece oscurecido.

La *superioridad* es comúnmente sinónimo de *prioridad* o *excelencia*. Nosotros hablamos de superiores en rango; de superiores en salud; de superiores en virtud: comparando a ciertas personas con otras ciertas personas; y queriendo decir que las primeras preceden o exceden a las segundas en rango, salud o virtud.

Pero, tomándolo en el sentido en que aquí lo entiendo, el término *superioridad* significa *poder*: el poder de afectar a otros con algo negativo y doloroso, y de forzarlos, por el temor a ello, a arreglar su conducta a su gusto.

Por ejemplo, Dios es por naturaleza el *superior* del hombre, porque su poder de afectarnos con dolor, y forzarnos a cumplir con su voluntad, es ilimitado e irresistible.

En una extensión limitada, el soberano único o compuesto es el superior del súbdito o ciudadano; el amo, del esclavo o sirviente; el padre, del hijo.

En resumen, cualquiera que pueda *obligar* a otro a cumplir con sus deseos, es el *superior* de ese otro, hasta donde llega su habilidad: la parte que está temerosa del dolor próximo, es la parte *inferior*.

El poder o superioridad de Dios es simple y absoluto. Pero en todos o la mayor parte de los casos de superioridad humana, la relación de superior e inferior, y la relación de inferior y superior, son recíprocas. O, cambiando la expresión, la parte que es superior vista desde un aspecto, es inferior vista desde otro.

Por ejemplo, en una indefinida aunque limitada extensión, el monarca es el superior de los gobernados: su poder es comúnmente suficiente para asegurar que se complazcan sus deseos. Pero los gobernados, colectivamente o en masa, son también superiores al monarca: quien cuida de no abusar de su poder por miedo de suscitar la rabia de éstos; y de levantar una activa resistencia del poder que duerme en las multitudes.

Un miembro de una asamblea soberana es el superior del juez: el juez está obligado por la ley que procede de ese cuerpo soberano. Pero, en su calidad de ciudadano o súbdito, él es inferior al juez: el juez siendo el ministro de la ley, y armado de poder para hacerla respetar.

Aparece, entonces, que el término *superioridad* (como los términos *deber* y *san-*

ción) está implícito en el término *mandato*, porque superioridad es el poder de forzar la complacencia de un deseo; y la expresión o realización de un deseo, con el poder y voluntad para forzarlo, son los elementos constitutivos de un mandato.

'El que las *leyes* emanan de *superiores*' es, pues, una tautología, porque el significado que pretende impartir está contenido en su sujeto.

Si me refiero a la fuente específica de una ley determinada, o si me refiero a la fuente específica de leyes de una clase dada, es posible que esté diciendo algo que informe al oyente. Pero afirmar universalmente de las leyes 'que provienen de *superiores*', o afirmar universalmente de las leyes 'que *inferiores* están obligados a obedecerlas' es la más pura y fútil tautología.

Como la mayoría de los principales términos de las ciencias del derecho y de la moral, el término *leyes* es extremadamente ambiguo. Tomado en la significación más amplia que puede darse al término con propiedad, las *leyes* son especies de *mandatos*. Pero el término es aplicado sin propiedad a varios objetos que no tienen nada del carácter imperativo: a objetos que *no* son mandatos, y que, por tanto, *no* son leyes propiamente llamadas.

Por consiguiente, la proposición 'las leyes son mandatos' debe ser tomada con limitaciones. O más bien debemos distinguir los diversos significados del término *leyes*; y debemos restringir la proposición a aquella clase de objetos que esté comprendida por el más amplio significado que puede darse al término con propiedad.

Ya he indicado, y ahora describiré más acabadamente, los objetos impropia-mente llamados leyes, que *no* están en el objeto de la ciencia del derecho (que son normas reforzadas por opinión y cercanamente análogas a las leyes propiamente llamadas, o son leyes así llamadas por una mera aplicación metafórica del término). Existen otros objetos impropia-mente llamados leyes (que no son mandatos) que pueden ser propiamente incluidos en la teoría del derecho. Procederé a individualizarlos:

1. Los actos de los legisladores para explicar el derecho positivo, difícilmente pueden ser llamados leyes, en el significado correcto del término. Éstos no causan ningún cambio en los deberes actuales de los gobernados, sino que indican cuáles son estos deberes, son propiamente actos de interpretación de la autoridad legislativa. O, para tomar una expresión de los escritores de la ley romana, son actos de interpretación auténtica.

Pero a pesar de esto, con frecuencia son llamadas leyes, leyes declarativas, o estatutos declarativos. Deben, por esto, ser anotadas como formadoras de una excepción a la proposición de que 'las leyes son especies de mandatos'.

Sin embargo, a menudo sucede (como mostraré en el lugar adecuado) que leyes

declarativas por nombre son imperativas en sus efectos: tanto la interpretación legislativa como la judicial suelen ser engañosas; establecen nuevo derecho so pretexto de exponer la antigua.

2. Las leyes para derogar leyes, y relevar de obligaciones existentes, también se exceptúan de la proposición de 'que las leyes son especies de mandatos'. Al relevar de deberes impuestos por leyes precedentes, ellas no son mandatos, sino revocaciones de mandatos. Ellas autorizan o permiten a las partes, a quienes se dirigen, a hacer o no hacer actos a los cuales estaban obligados a no hacer o hacer. Y, consideradas con respecto a esto, su propósito directo o inmediato, son comúnmente llamados *leyes permisivas*, o más breve y propiamente, *permisos*.

Remota e indirectamente, sin embargo, las leyes permisivas son comúnmente o siempre imperativas, porque a las partes relevadas de sus deberes se les restauran sus libertades o derechos; y deberes correlativos a esos derechos son, por lo tanto, creados o revividos.

Pero esta es una materia que examinaré con exactitud cuando analice las expresiones 'derecho legal', 'permiso por el soberano o el Estado' y 'libertad civil o política'.

3. Las leyes imperfectas, o leyes de obligaciones imperfectas, deben ser también exceptuadas de la proposición que las leyes son especies de mandatos.

Una ley imperfecta (en el sentido en que el término es usado por los juristas romanos) es una ley que carece de sanción, y por tanto, no es obligatoria. Una ley que declara que ciertos actos son crímenes, pero que no *anexa* un castigo a la comisión de actos de esa clase, es el ejemplo más simple y obvio.

Aunque el autor de una ley imperfecta expresa un deseo, no manifiesta ningún propósito de forzar su cumplimiento. Y ahí donde no se manifiesta propósito por forzar el cumplimiento del deseo, la expresión de un deseo no es un mandato. Consecuentemente, una ley imperfecta no es una ley propiamente tal, como los consejos o exhortaciones, dados por un superior a inferiores.

Ejemplos de leyes imperfectas son citados por los juristas romanos. Pero entre nosotros en Inglaterra, las leyes de apariencia imperativa son siempre (creo) perfectas u obligatorias. Donde la legislatura inglesa aparenta ordenar, los tribunales ingleses, no sin razonabilidad, presumen que la legislatura exige obediencia. Y si no se ha anexado una sanción específica para una ley determinada, los tribunales de justicia proveen de una sanción que sea acorde con una máxima general que se obtiene en casos parecidos.

Las leyes imperfectas, de las que ahora estoy hablando, son leyes que son

imperfectas, en el sentido de los *juristas romanos*: esto es, leyes que expresan los deseos de los superiores políticos, pero que sus autores (por descuido o premeditación) no proveyeron de sanciones. Muchos de los autores sobre *moral*, y del así llamado *derecho de la naturaleza*, han dado un significado diferente al término *imperfecta*. Al hablar de obligaciones imperfectas, ellos comúnmente se refieren a deberes que *no son legales*: deberes impuestos por mandatos de Dios, o deberes impuestos por moral positiva, en oposición a deberes impuestos por el derecho positivo. Una obligación imperfecta, en el sentido de los juristas romanos, es exactamente equivalente a la no existencia de obligación alguna. Pues el término *imperfecta* denota simplemente que la ley desea la sanción apropiada para leyes parecidas. Una obligación imperfecta, en el otro significado de la expresión, es una obligación religiosa o moral. El término *imperfecto* no denota que la ley que impone el deber desee la sanción apropiada. Denota que la ley que impone el deber no es una ley establecida por un superior político: que desea esa sanción perfecta, más segura y más persuasiva, que imparte el soberano o Estado.

Creo haber revisado todas las clases de objetos a los que el término *leyes* es impropriamente aplicado. Las leyes (impropriamente llamadas) que aquí he enumerado, son (pienso) las únicas leyes que no son mandatos, y que sin embargo pueden ser incluidas con propiedad en el objeto de la ciencia del derecho. Pero aunque éstas, junto a las así llamadas leyes impuestas por opinión y los objetos metafóricamente llamados leyes, son las únicas leyes que *realmente* no son mandatos, existen ciertas leyes (propriamente tales) que pueden *parecer* no imperativas. Por esto, voy a señalar unas pocas afirmaciones acerca de estas leyes de dudoso carácter.

1. Existen leyes, puede decirse, que *simplemente* crean *derechos*: y viendo que cada mandato impone un *deber*, las leyes de esta naturaleza no son imperativas.

Pero, como ya he anunciado, y como más tarde mostraré completamente, no hay leyes que *simplemente* creen *derechos*. Existen leyes, es cierto, que *simplemente* crean *deberes*: deberes no correlacionados con derechos correlativos, y que por eso podrían llamarse *absolutas*. Pero toda ley, que realmente confiere un derecho, impone expresa o tácitamente un deber *relativo*, o un deber correlativo al derecho. Si especifica la acción a ser entregada en caso de que el derecho se infrinja, impone en forma expresa el deber relativo. Si la acción a ser entregada no está especificada, se remite tácitamente a una ley preexistente, y cubre el derecho que pretende crear con una acción establecida en dicha ley. Toda ley, que realmente otorga un derecho, es, por lo tanto, imperativa: como imperativa, como si su único propósito fuese la creación de un deber, o como si el deber relativo, que inevitablemente impone, fuese meramente absoluto.

Los significados de la palabra *derecho*,⁶ son variados y complejos; tomándola en su sentido propio, comprende numerosas y complicadas ideas; y la búsqueda y el análisis extensivo que, por lo tanto, requeriría el término, ocupa más espacio que el

⁶ En el original "right", esto es, derecho en su sentido subjetivo. [N. de los Ts.]

que se le podría dar en la presente conferencia. No es sin embargo necesario que el análisis se haga aquí. En mis primeras conferencias pretendo determinar el objeto de la ciencia del derecho; o distinguir las leyes establecidas por superiores políticos de las variadas leyes, propias e impropias, con las que son frecuentemente confundidas. Y esto lo puedo lograr suficientemente sin una investigación delicada en el sentido del término *derecho*.

2. De acuerdo con una opinión a la que debo referirme *incidentalmente* aquí, aunque el tema del que trata será tratado *directamente* después, las leyes *consuetudinarias* deben exceptuarse de la proposición de que 'las leyes son especies de mandatos'.

Muchos de los admiradores de las leyes consuetudinarias (especialmente sus admiradores alemanes) piensan que éstas obligan legalmente (independiente del soberano o Estado), *porque* los ciudadanos o súbditos las han observado o guardado. Acorde con esta opinión, aquéllas no son las *creaciones* del soberano o el Estado, si bien el soberano o Estado las puede abolir a su gusto. Conforme a esta opinión, ellas son derecho positivo (o derecho, estrictamente llamado), como quiera que son aplicadas por los tribunales de justicia: pero, sin perjuicio de ello, existen *como derecho positivo* por la adopción espontánea de los gobernados, y no por haber sido dada o establecida por superiores políticos. En consecuencia las leyes consuetudinarias, consideradas como derecho positivo, no son mandatos. Y en consecuencia las leyes consuetudinarias, consideradas como derecho positivo, no son leyes o normas así llamadas con propiedad.

Una opinión menos misteriosa, pero de alguna manera ligada a ésta, es sostenida por el partido adverso con no poca frecuencia: por el partido que se opone firmemente al derecho consuetudinario y a todo el derecho hecho judicialmente o en la forma de legislación judicial. De acuerdo con esta última opinión, toda ley hecha por un juez, o toda ley hecha por un juez *súbdito*, es pura creación de los jueces por quienes es establecida inmediatamente. Imputársela a la legislatura soberana, o suponer que expresa el deseo de la legislatura soberana, es la más tonta ficción con la que los abogados, en toda edad y nación, complicaron y oscurecieron la simple y clara verdad.

Creo que se hará patente, después de una reflexión momentánea, que ninguna de estas opiniones tiene fundamento: que la ley consuetudinaria es *imperativa*, en el significado propio del término; y que todas las leyes hechas por los jueces son las criaturas del soberano o estado.

En su origen, una costumbre es una norma de conducta que el gobernado observa espontáneamente, o no por persuasión de una ley dispuesta por un superior político. La costumbre es transmutada en derecho positivo cuando es adoptada como tal por los tribunales de justicia, y cuando las decisiones judiciales dictadas en conformidad a ella son reforzadas por el poder del estado. Pero antes de que sea adoptada por los tribunales, y revestida de una sanción legal, es simplemente una norma de

moral positiva: una norma generalmente obedecida por los ciudadanos o súbditos; pero derivando la única fuerza, que se puede decir que posee, del rechazo general que cae en aquéllos que la transgreden.

Ahora, cuando los jueces transmutan una costumbre en una norma legal (o hacen una norma legal no sugerida por la costumbre), la norma legal que ellos establecen es establecida por el legislador soberano. Un juez subordinado o súbdito es simplemente un delegado. La porción del poder soberano que tiene a su disposición es meramente delegada. Las normas que él hace derivan su fuerza legal de la autoridad dada a él por el estado: una autoridad que el estado puede conferir expresamente, pero que comúnmente imparte en la forma del consentimiento. Porque, como el estado puede revocar las normas que él hace, y permite fortalecerlas con el poder de la comunidad política, su voluntad soberana de que 'sus normas sean recibidas como leyes' está claramente evidenciada en su conducta, aunque no por declaración expresa.

Los admiradores del derecho consuetudinario gustan vestir su ídolo con atributos misteriosos e imponentes. Pero para quienes pueden ver la diferencia entre el derecho positivo y la moral positiva, no hay nada de misterioso en él. Consideradas como normas de moral positiva, las leyes consuetudinarias provienen del consentimiento de los gobernados, y no de la promulgación o establecimiento por superiores políticos. Pero consideradas como normas morales que devienen en derecho positivo, las leyes consuetudinarias son establecidas por el Estado: establecidas por el Estado directamente, cuando las costumbres son promulgadas en sus leyes; establecidas por el Estado mediante un rodeo, cuando las costumbres son adoptadas por sus tribunales.

La opinión del grupo que aborrece las leyes hechas por los jueces, deriva del inadecuado concepto que tienen sobre la naturaleza de estos mandatos.

Como otras significaciones de deseo, un mandato es expreso o tácito. Si la voluntad se manifiesta por *palabras* (escritas o habladas), el mandato es expreso. Si el deseo es expresado por medio de conductas (o por cualquier otra forma de expresar el deseo que *no sean palabras*), el mandato es tácito.

Ahora, cuando las costumbres se transforman en normas legales por decisión de los súbditos jueces, las normas legales que emergen de las costumbres son mandatos *tácitos* del soberano. El estado, que es capaz de abolir, permite a sus ministros que las refuercen: y eso, por lo tanto, significa su complacencia de 'que ellas sirvan como ley a los gobernados'.

Mi propósito actual es simplemente éste: probar que el derecho positivo llamado *consuetudinario* (y todo derecho positivo hecho judicialmente) es establecido por el estado directamente o siguiendo un circuito, y, por lo tanto, es *imperativo*. Estoy lejos de disputar que el derecho hecho judicialmente (o en la manera de legislación impropia) y derecho hecho mediante leyes (o en la manera propiamente legislativa)

son distinguibles en importantes diferencias. Investigaré, en conferencias posteriores, cuáles son esas diferencias; y por qué los jueces-súbditos, que son propiamente ministros del derecho, comúnmente han compartido con el soberano el trabajo de hacerlo.

Asumo, entonces, que las únicas leyes que no son imperativas, y que pertenecen al objeto de estudio de la teoría del derecho, son las siguientes: 1. Leyes declarativas, o leyes que explican la importancia de leyes positivas existentes. 2. Leyes que derogan leyes positivas existentes. 3. Leyes imperfectas, o leyes de obligaciones imperfectas (con el sentido en que la expresión es usada por los juristas romanos).

Pero el espacio ocupado en la ciencia por estas leyes impropias es comparativamente angosto e insignificante. En conformidad, si bien las tomaré en cuenta tan seguido como me refiera a ellas directamente, no las consideraré en otras ocasiones. O, cambiando la expresión, limitaré el término *ley* a leyes que sean imperativas, salvo que lo extienda expresamente a leyes que no lo sean.