

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN	HARRIS, J. W., <i>Law and Legal Science</i>	236
---------------------------	---	-----

El tema de los derechos humanos ha visto surgir entonces gravísimas desviaciones respecto de sus postulados fundamentales, que han convertido a estas prerrogativas básicas del ser humano derivadas de su naturaleza, en meras posturas, aprovechables ideológicamente para el logro de determinados fines políticos.

Juan de la BORBOLIA RIVERO

HARRIS, J. W., *Law and Legal Science. An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. x-174.

En el presente libro el autor se preocupa por investigar el papel que juegan los conceptos de *norma jurídica* (*legal rule*) y de *orden jurídico* (*legal system*) en la ciencia del derecho. En el primer capítulo se refiere al significado cultural del concepto de 'norma jurídica'. Señala que todo discurso sobre el derecho presupone dos cosas: 1) que las normas jurídicas controlan las decisiones de los funcionarios, y 2) que deben controlarlas. La primera de las presuposiciones subyace en las dos más grandes empresas jurídicas: la legislación y la ciencia jurídica. La segunda presuposición constituye la base del valor legalidad.

Después aborda Harris el problema de la lógica de la ciencia jurídica. Señala que, en lo que a la aplicación de las normas jurídicas a casos particulares se refiere, la lógica jurídica no difiere grandemente del tipo de lógica práctica. Pero, en lo que a las relaciones entre normas jurídicas concierne, la ciencia jurídica tiene su propia y específica 'lógica'. La *lógica sistematizadora de normas* de la ciencia jurídica contiene, según Harris, cuatro principios fundamentales: exclusión, subsumisión, derogación y no contradicción. Estos principios, según Harris, tienen una función análoga a los principios de la lógica clásica. La ciencia jurídica desarrolla su lógica peculiar cuando realiza su muy particular función, la de describir el derecho.

Explica Harris que los conceptos de sistema jurídico y de norma jurídica son presupuestos por el valor legalidad. Éste requiere que los funcionarios no sólo apliquen las normas jurídicas, sino también que aplique únicamente aquellas normas que son identificadas como miembros del sistema. Además, los funcionarios tienen que aplicar las normas sistemáticamente. No es suficiente, dice Harris, que la decisión de un funcionario sea descrita como la aplicación de una específica norma o de que ésta se haya creado por una apropiada fuente del derecho; es

necesario demostrar que la decisión es consistente con el sistema en su totalidad.

En cuanto a las tareas de la jurisprudencia general, dice Harris que éstas pueden ser divididas en cuatro categorías: 1) investigaciones sobre la relación del derecho y la moral; 2) producción de un apropiado vocabulario para el uso de los abogados; 3) investigaciones sobre el *status* lógico de los enunciados de la ciencia del derecho, y 4) investigaciones sociopolíticas sobre las sociedades sometidas al derecho. Cabe señalar que uno de los principales propósitos de este libro es investigar la *actividad descriptiva* primordial de la ciencia del derecho. Se ocupa de investigar el *status* lógico de los enunciados hechos por los juristas cuando se proponen describir el derecho actual, esto es cuando proporcionan información sobre una parte del "orden jurídico" en el sentido de un sistema momentáneo compuesto de normas jurídicas válidas.

A este respecto cabe indicar que Harris establece una clara distinción entre sistemas momentáneos, por ejemplo, el sistema inglés actual, y sistemas históricos, por ejemplo, el sistema de *common law*. El primero está compuesto exclusivamente de normas jurídicas válidas y en su descripción la ciencia jurídica emplea los principios lógicos mencionados: de exclusión, subsumisión, derogación y no contradicción.

En el capítulo segundo el profesor Harris discute diferentes concepciones de normas y orden jurídico en diferentes autores. El propósito no es ofrecer un análisis exhaustivo de las contribuciones de tales autores, sino indicar que las diferentes versiones de tales concepciones son útiles para diferentes tipos de investigaciones generales sobre el derecho. El profesor Harris no defiende ninguna concepción como intrínsecamente correcta, ni tampoco considera si alguna se acerca más que otra al uso ordinario del lenguaje. Simplemente espera, mediante la comparación de ellas, producir alguna luz sobre las prácticas, valores e instituciones sociales que dichos conceptos presuponen.

Primeramente aborda la teoría voluntarista del derecho. Dos son los autores analizados en esta parte: J. Bentham y J. Austin. Particularmente importante es el análisis que hace Harris del concepto de "la voluntad del soberano". Harris lo considera una metáfora constructiva; dice que cuando Bentham y Austin se refieren a la "voluntad del legislador" o a los "mandatos" no pretenden definirlos en términos de actos psicológicos de voluntad. Bentham y Austin, señala Harris, aceptan la "metafísica de la voluntad". Los teóricos del derecho, dice Harris, insisten en interpretar el material legislativo como un cuadro de no contradicción. La justificación lógica de tal práctica no puede encontrarse en verificaciones empíricas. El mejor equivalente de condiciones

empíricas de verdad del que los autores pueden disponer consiste en presuponer una voluntad racional que subyace detrás de todas las normas de un sistema jurídico consistente. Por ello, para Bentham, por ejemplo, la presuposición de un "soberano unitario" detrás de todas las disposiciones jurídicas realiza, en la ciencia del derecho, lo que la presuposición de condiciones empíricas de verdad realiza en las ciencias naturales.

Después, Harris describe, con detalle, los conceptos de norma y orden jurídico en Kelsen. Particularmente importante para Harris es la explicación de la norma fundamental en relación con el principio de exclusión (tal y como lo entiende Harris, esto es como los criterios de identidad del orden jurídico). Para Harris la existencia del principio de exclusión es el fundamento de la doctrina kelseniana de la norma fundamental: ésta señala que únicamente ciertas fuentes sean consideradas como las fuentes legislativas últimas. Dice Harris que la doctrina de la norma fundamental es el equivalente kelseniano de la "voluntad del soberano", ambos constituyen presuposiciones o hipótesis de la ciencia jurídica.

Explica Harris que la concepción de norma jurídica en el sentido de una entidad abstracta, ha sido el blanco de los ataques del realismo jurídico durante este siglo. El objetivo del ataque, es el sustituir la entidad abstracta por un fenómeno que efectivamente exista cuando se dice que las "normas jurídicas" existen. Para los "realistas" escandinavos la realidad de las "normas jurídicas" es entendida en un plano psicológico: las "normas jurídicas", como cualquier otra norma de conducta, son concebidas como *representaciones normativas* (*'rule-idea'*, en la terminología de Harris; 'imperativo independiente', en la terminología de Olivecrona o 'directivo', en la terminología de Ross). De esta manera el concepto de "norma jurídica" se refiere a un fenómeno psicológico individual. En realidad, el derecho consiste, para este género de teorías, en ideas sobre el comportamiento humano, expresadas en forma imperativa.

Una concepción de ese tipo es, según Harris, de gran valor para la ciencia política; contribuye a la explicación de la base constitucional del poder. Sin embargo, cualquiera que sean sus méritos a este respecto, la reducción del concepto de norma jurídica positiva a la mera representación psicológica (*rule-idea*) de los individuos, no puede explicar la forma en que el concepto norma jurídica es usado por la ciencia del derecho.

Harris compara la tesis de Ross con la tesis de Olivecrona; señala que, a diferencia de Olivecrona, Ross intenta salvar el concepto de

sistema jurídico, sin embargo, dice Harris, a un alto costo: dañando los conceptos de legalidad y constitucionalidad que él sirve. Es particularmente en este aspecto en el que Harris concentra su crítica.

Harris expone, después, la teoría del derecho que concibe a las normas jurídicas como situaciones normativas (*rule-situation*). Este tipo de teorías del derecho intenta mostrar, explica Harris, que cualquier cosa que se diga sobre conceptos jurídicos puede, sin perder significado, ser traducido en enunciados sobre comportamiento humano observable. Harris ve en el profesor H. L. A. Hart a un representante de este género de teorías. De hecho, el análisis que Harris hace no es sino una exposición crítica de los trabajos del profesor Hart

Comenta Harris que Hart opone las situaciones normativas (*rule-situation*) a la representación psicológica de las normas (*rule-ideas*). A este respecto Harris señala que al rechazar un análisis psicológico de las normas, Hart hace equívoco el aspecto "interno" de las normas. La "actitud crítica" es, así, dice Harris, una quinta rueda del coche; un concepto redundante. Harris explica después la unión de reglas primarias y reglas secundarias. Comenta que, como el soberano de Bentham y de Austin, la unión de reglas primarias y secundarias es un concepto hecho para servir simultáneamente dos diferentes tareas de la jurisprudencia general: la investigación del *status* lógico de los enunciados de la ciencia del derecho y la investigación socio-política sobre sociedades sometidas al derecho. Esta "unión" es, al mismo tiempo, una herramienta de análisis y un modelo sociológico. Sobre este particular Harris señala que las generalizaciones empíricas que propone Hart son *falsificadas* por los hechos.

En cuanto al establecimiento de la regla de reconocimiento como práctica social dice Harris que ésta no puede realizar la tarea que Hart le asigna, esto es, la de proporcionar criterios para que las normas primarias puedan ser identificadas como miembros de un sistema jurídico. Señala Harris que si la regla de reconocimiento realiza esta tarea, entonces es una abstracción; es una norma en un sentido normativo puro, a la cual se llega a través de la inducción a partir de las observaciones de lo que los abogados hacen, pero no es en sí misma una norma observable. Por otro lado, Hart en su discusión del excepticismo normativo ("*rule-scepticism*") de hecho, dice Harris, asume que las normas jurídicas son entidades en el estilo de una teoría puramente normativa. El profesor Harris concluye que el análisis de Hart sobre las normas jurídicas es razonablemente satisfactorio para el punto de vista de todas las ciencias sociales, excepto para una: para la propia ciencia del derecho. Señala que un sociólogo o un antropólogo bien pueden

aceptar que cuando se dice que un cierto grupo social tiene una regla de conducta con un cierto contenido, significa que la conducta es generalmente observada, que las desviaciones recibirán reacciones coactivas y que ciertas críticas, exigencias y reconocimientos aparecen. Pero esta no es la forma en que los juristas emplean el concepto de "*norma jurídica*". Los juristas hablan de normas promulgadas, anuladas, aplicadas, interpretadas por analogía, inferidas, deducidas, modificadas, etcétera. En todos estos contextos, el punto primordial de referencia (la norma) es el contenido significativo de una cierta expresión normativa. Cuando un jurista dice que una norma contradice a otra, no quiere decir que cierta gente actúa de forma inconsistente o que hace críticas inconsistentes, quiere decir que lógicamente y razonablemente, las proposiciones normativas representadas por estas dos normas no pueden mantenerse conjuntamente.

La última teoría del derecho que Harris analiza es la que denomina la teoría contenciosa (*dispute theory*) del derecho. Una teoría de este tipo, señala Harris, ve en la actividad de los funcionarios, especialmente en la de los jueces, el objeto propio de la ciencia jurídica. Para una teoría tal, las normas jurídicas primordialmente tienen la función de proporcionar una racionalización *ex post facto* de las decisiones judiciales (Jerome Frank) o bien de constituir guías de alternativas (G. Gottlieb).

El 'sistema jurídico' para estas teorías es un "complejo dinámico de normas, principios, máximas, doctrinas, políticas", definiciones, clasificaciones, etcétera. Es una colección histórica de instrumentos escritos, para guiar las decisiones de los funcionarios en la composición de litigios. Esto ha traído recientemente a discusión las diferencias y semejanzas entre normas y principios y políticas.

En este momento Harris introduce su distinción entre sistemas jurídicos momentáneos, compuesto exclusivamente de normas jurídicas válidas, y sistemas jurídicos no-momentáneos, compuesto de principios máximos políticos, y otros elementos. El concepto de sistema jurídico presupuesto por la teoría contenciosa del derecho es, señala Harris, un sistema jurídico no-momentáneo. Si nosotros decimos, señala Harris, que el *common law* contiene el principio de que "nadie puede obtener provecho de su propio dolo", o la política de que *ex turpi causa non oritur actio*, estamos describiendo principios y políticas que a través del tiempo han influido en los desarrollos en su sistema momentáneo a otro. Por el contrario, si describimos lo que es el derecho inglés en la actualidad podemos legítimamente intentar determinar todas las normas sin describir los principios y las políticas, toda vez que la información del derecho

actual es nuestro objetivo. Cuando la ciencia jurídica describe el derecho actual, su información puede ser proporcionada exclusivamente en términos de normas; la referencia a los principios que pudieron ser tomados en cuenta en la creación de una norma es redundante. Sin embargo, el principio no es redundante para una explicación o justificación de una decisión normativamente creadora, y se mantiene, en lo general, como parte de una continua tradición para los funcionarios y jueces.

Termina Harris esta parte indicando que para la teoría contenciosa del derecho no se aplican los cuatro principios de la lógica de la ciencia jurídica.

En el capítulo tercero Harris aborda el problema de la estructura del orden jurídico; hasta ahora, ha intentado demostrar que la concepción de un sistema jurídico compuesto de normas jurídicas, en el sentido de significados normativos, es central para el entendimiento del proceso intelectual de la ciencia jurídica. Considera que únicamente esta concepción nos permite entender los principios de exclusión, subsumisión, derogación y no-contradicción, así como los valores de legalidad y constitucionalidad. Harris intenta dilucidar con mayor precisión estos principios lógicos, así como los valores de legalidad y constitucionalidad. Harris sugiere que los principios lógicos y valores de la ciencia jurídica pueden ser subsumidos en una sola formulación que llama "el *fiat* fundamental de la ciencia jurídica".

El tema de la estructura confronta, según Harris, los siguientes problemas: ¿tiene el derecho descrito por la ciencia jurídica una estructura esencial?, si esto es así ¿en qué consiste? En respuesta al problema Harris desarrolla los principios de exclusión y derogación (sus criterios de identidad del sistema jurídico). Señala Harris que el *fiat* de la ciencia de derecho incorpora el más fundamental de todos los principios lógicos de la ciencia jurídica: el principio de exclusión, en el que la palabra más importante de su formulación es 'sólo' ¡"sólo normas producidas por las fuentes enlistadas en el *fiat* son partes del sistema jurídico"! En cualquier orden jurídico particular el primer "espacio en blanco" tiene que ser llenado con la enumeración exhaustiva de las fuentes jurídicas. En este primer paso el *fiat* de la ciencia jurídica incorpora el principio lógico de derogación. El segundo "espacio en blanco" debe ser llenado por la descripción de las doctrinas constitucionales relevantes que determinan, en cualquier sistema jurídico, el rango que guardan las fuentes del derecho. Harris piensa que con la especificación y jerarquización de las fuentes, la ciencia jurídica identifica el sistema jurídico que describe.

La formulación del *fiat* de la ciencia jurídica hecha por Harris de-

riva, como él mismo apunta, del concepto kelseniano de norma fundamental. Sin embargo difiere de la formulación kelseniana en varios aspectos que Harris hace explícitos en su análisis. Harris expone la doctrina de la norma fundamental de Kelsen entendida como una *ficción* en el sentido de la filosofía del *como si* de Vaihinger. Harris se detiene a exponer el principio de no contradicción, y en ese momento hace una crítica de la posición de Kelsen sobre tal problema. Harris aborda después el principio de subsumisión. Destaca el hecho de que los componentes de los sistemas jurídicos son normas. Afirma que las normas positivas que constituyen las unidades de los sistemas jurídicos son *únicamente* normas que imponen deberes.

En cuanto al problema de subsumisión dice Harris que siempre que una norma jurídica contenga entre sus condiciones o en sus especificaciones la creación de una norma positiva inferior, las posibilidades de subsumisión existen. Harris critica la idea de que las relaciones de subsumisión entre normas sean descritas como relaciones en las que una norma "autoriza" a otra, tal y como lo hace Kelsen.

Por otro lado, Harris señala que los enunciados descriptivos de la ciencia del derecho difícilmente pueden reproducir una norma jurídica por lo que Harris introduce los conceptos de normas derivativas, extra-sistemáticas, provisionales y generalizadas, conceptos por los cuales la ciencia jurídica se refiere a diferentes actos-situación. El último tema que aborda Harris en este capítulo es la estructura imperativa de las normas jurídicas. Ahí da cuenta de las normas jurídicas como normas que imponen deberes (o normas que exceptúan deberes). Expone los argumentos en favor de este "reduccionismo" y replica a los autores que han criticado la tesis de que las normas que componen un orden jurídico son únicamente normas que imponen deberes.

En el capítulo cuarto Harris explica diferentes concepciones de la validez. Una norma jurídica positiva puede ser descrita así: 1) Se conforma a una específica norma superior ('no es *ultra vires*', no es nula); 2) es una parte consistente de un campo de significado jurídico normativo ('es miembro de un sistema jurídico-momentáneo', 'es jurídicamente obligatoria', 'es el derecho'); 3) corresponde a las realidades sociales ('es efectiva', 'está en vigor'); 4) contiene una exigencia intrínseca para su observancia ('es buena', 'merece respeto'); 5) es parte de una realidad normativa trascendente. Estas cinco concepciones de 'validez' son expuestas por Harris en un muy detallado y sugestivo análisis. Comienza estableciendo que 'validez' no es un concepto unívoco y clarifica el uso de tal expresión, haciendo referencia a las cinco concepciones apuntadas. Luego hace un largo comentario con respecto a su distinción

entre sistema jurídico momentáneo y no momentáneo. Para explicar esta distinción Harris aborda el problema de la validez y la membrecía a un sistema jurídico. Se refiere primero a la validez dentro de los sistemas momentáneos, y alude a las dos primeras concepciones de 'validez' y explica su función dentro de la idea de sistema jurídico y su membrecía. Después expone el problema de la validez propio a los sistemas jurídicos no-momentáneos. Las concepciones de validez son nuevamente usadas para explicar temas muy vinculados con el funcionamiento de las normas y de los órdenes jurídicos. Primeramente se refiere a la validez, en relación con la eficacia y con la bondad del sistema (*goodness*); después a la validez, en relación con existencia y realidad del sistema jurídico. Harris sostiene una muy curiosa concepción de la realidad normativa: subraya el carácter exclusivamente epistemológico de esa "realidad".

En el capítulo quinto Harris expone lo que llama 'modelos de racionalidad'; plantea el tema de la siguiente manera: la estructura del derecho actual es el objeto propio de la ciencia jurídica descriptiva. En la diaria aplicación del derecho existen innumerables situaciones en las cuales la mera descripción del derecho es todo lo que se requiere. Sin embargo, como es bien sabido, existen frecuentemente circunstancias en las cuales, debido a imprecisión o falta de adecuación de una fuente jurídica legislativa, la ciencia jurídica no puede simplemente ofrecer una información descriptiva; tiene, en este caso, que formular reglas *generalizadas o provisionales*. En tales casos la ciencia jurídica únicamente puede sugerir lo que el derecho puede ser o debe ser; tiene que predecir o defender una determinada resolución jurídica. Entendiendo por 'resolución jurídica' [*legal decisión*] resolución administrativa o sentencias judiciales.) Harris ha señalado ya varias concepciones de validez, tal y como ellas se aplican a los miembros de un sistema momentáneo o de un sistema jurídico no momentáneo. Este último, señala Harris, consiste en un complejo de dispositivos que guían y justifican alternativos dispositivos que pueden ser usados para fundamentar resoluciones jurídicas. Estos dispositivos justamente proporcionan, señala Harris, el fundamento de lo que llama 'el modelo doctrinal de racionalidad'.

Harris contrasta este modelo con otros modelos de racionalidad que son empleados para desarrollar el derecho mediante la producción de resoluciones jurídicas. Por 'modelo de racionalidad' entiende una clase de razones las cuales pueden ser citadas por un funcionario para justificar una resolución jurídica cuando más de una resolución puede ser dada, sin infringir la legalidad o la constitucionalidad. Distingue diferentes modelos comúnmente encontrados detrás de las decisiones ju-

diciales y lanza varias objeciones contra ellos. Examina el modelo voluntarista, el modelo de "significado natural", los modelos doctrinal el utilitarista, y, por último, presenta el modelo de la tesis de derechos del profesor Dworkin.

Termina el profesor Harris este libro con un capítulo de conclusiones en los cuales resume y evalúa los rendimientos de su análisis anterior.

Este libro, por la cantidad de conceptos analizados, el orden o la forma de exposición y las sugestivas críticas dirigidas a distintas teorías jurídicas constituye un valioso medio para revisar varios conceptos de la ciencia jurídica. Es un libro que no debe faltar en la biblioteca de cualquier teórico del derecho.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

LA TORRE, Ángel, *Iniciación a la lectura del Digesto*, Barcelona, Dírosa, 1978, 74 p.

Se trata de una obra dirigida principalmente a los estudiantes, con el fin de proporcionarles conocimientos histórico-jurídicos previos para hacer una lectura provechosa del *Digesto*. Los capítulos 2 a 5 constituyen una síntesis bien lograda de la historia de la jurisprudencia romana. Ángel Latorre sigue la periodización de la historia del derecho romano hecha por Álvaro d'Ors (*Derecho privado romano*, 6 y 7), según la cual la época del derecho clásico se inicia en el año 130 a.C., y termina el 230 d.C., con la muerte del último de los severos.

De la jurisprudencia arcaica destaca el autor (capítulo II) el proceso de secularización que culminó el siglo II a.C., y que permitió la formación de un grupo de juristas seculares, que ven el derecho como actividad profesional. Los factores que considera definitivos para la formación del derecho clásico son: la difusión del método didáctico entre los juristas y, sobre todo, la generalización del procedimiento formulario (capítulo III). Hace ver claramente la división de los juristas romanos en escuelas, y cómo la jurisprudencia dejó de ser una actividad libre para convertirse en una actividad burocratizada ya definitivamente en tiempos de Adriano (capítulo IV). En este capítulo hay que notar que Latorre sigue atribuyendo a Ateyo Capitón la fundación de la escuela "sabiniana", siendo que actualmente se reconoce que el fundador fue realmente Casio (ver Schulz, *History of Roman Legal Science*, pp. 119-120). En el capítulo quinto se trata de la jurisprudencia posclásica, considerando como tal la de la época de Diocleciano, y de las leyes de contenido romano dadas por los reyes germanos. Dedicado