

CAPÍTULO V
LA IDENTIDAD DE LOS ÓRDENES JURÍDICOS

1. El problema aislado	107
2. El problema clarificado	113

CAPÍTULO V

LA IDENTIDAD DE LOS ÓRDENES JURÍDICOS*

Las disposiciones jurídicas^a son parte de sistemas^b jurídicos; una disposición jurídica es tal, sólo si es parte del derecho de Estados Unidos, del derecho francés o de cualquier otro sistema jurídico. Los filósofos del derecho, persistentemente, han tratado de explicar por qué se piensa en las disposiciones jurídicas como formando un orden. Asimismo, han evaluado las ventajas de esta manera de pensar y han intentado hacerla más precisa, explicando los rasgos que dan cuenta de la unidad de los sistemas jurídicos. Varias teorías han sido propuestas pero ninguna ha sido considerada completamente satisfactoria. Es más, la continuación del debate resulta de la confusión que envuelve al problema; confusión debida a la gran falta de claridad en el entendimiento del mismo.

En este capítulo voy a tratar de clarificar la naturaleza del problema de la unidad de los sistemas jurídicos nacionales. Sin embargo, mi principal objetivo no es tanto resolver todas las cuestiones sino, más bien, formularlas con mayor precisión puesto que en filosofía, estimo, una clara concepción de un problema representa la mitad del camino para su solución.

El término "sistema jurídico" no es un término jurídico técnico. Ciertamente, en ocasiones puede figurar en resoluciones de los tri-

* Este capítulo apareció con anterioridad como artículo en *California Law Review*, vol. 59, núm. 3, mayo de 1971, pp. 795-815. Agradezco al profesor H. L. A. Hart las discusiones sobre los problemas de este artículo y los esclarecedores comentarios sobre su primera versión. Este artículo fue previamente traducido por nosotros y apareció en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año iv, núm. 19, pp. 139-163, N.T.

^a Usamos 'disposición jurídica' para traducir 'a law', *cfr.* nota letra c del Prefacio a la edición inglesa. N.T.

^b En nuestra anterior versión española de este trabajo hemos traducido 'legal system' por 'orden jurídico' por ser ésta la expresión más usual en la tradición jurídica civilista (*e.g.* *ordre juridique*, *Rechtsordnung*, etcétera) especialmente en la tradición jurídica española. Sin embargo, hemos conservado la expresión 'sistema jurídico' porque se relaciona más con la teoría del autor sobre los sistemas jurídicos. (Véase nota a del Prefacio a la edición inglesa.) N.T.

bunales, pero, en realidad, cualquier término puede aparecer en ellas; y, aunque ocasionalmente es usado en la argumentación jurídica, éste no tiene el carácter de término jurídico como "*floating charge*", "*fee simple*" o "*consideration*".^o Tampoco es un concepto importante en la diaria administración del derecho como lo son los conceptos de contrato, propiedad, derecho subjetivo, deber y otros semejantes. El término es utilizado cuando se piensa sobre el derecho y no cuando se usa o se aplica el derecho. Es comúnmente utilizado en libros de teoría del derecho o de derecho comparado, pero no en libros sobre propiedad, responsabilidad o derechos de autor.

Por tanto, cuando el teórico del derecho trata de clasificar la noción de sistema jurídico, no intenta definir con pulcritud el sentido en que este término es usado por los legisladores, los jueces o los abogados. Más bien, lo que el teórico del derecho pretende es forjar una útil herramienta conceptual que le ayude a entender mejor la naturaleza del derecho. Esto no significa que el teórico del derecho no deba tratar de modelar un concepto que pudiera ser usado en la solución de ciertos problemas jurídicos. Más bien significa, incluso cuando así ocurre, que el teórico del derecho no pretende dilucidar el sentido de un término jurídico técnico, sino, en su lugar, procurar al profesional del derecho un concepto que pueda ayudarle en el manejo de ciertos problemas jurídicos complejos.

Pero, ¿debe ser realmente el objetivo del teórico del derecho ayudar a la solución de los problemas jurídicos modelando un concepto preciso de la identidad de un sistema jurídico? ¿A qué tipo de problemas jurídicos puede ser relevante tal concepto? y si ésta no es su finalidad, ¿cuál es? Procurar una respuesta a estos interrogantes es el propósito primordial de este capítulo.

Para tratar de resolver estas cuestiones debemos distinguir, primeramente, dos posibles nociones de la unidad de los sistemas jurídicos; nociones que denominaremos unidad material y unidad formal. La unidad material de un sistema jurídico reside en sus características distintivas y dependen del contenido de sus disposiciones jurídicas y de la manera en que son aplicadas. Ciertamente, cuando tratamos de explicar los rasgos característicos de un sistema jurídico no buscamos la regulación detallada de cada ins-

^o Como podrían ser en español los términos de 'posesión', 'hipoteca', 'capacidad', 'injuria', etcétera. N.T.

titución. Más bien, busquemos los principios dominantes, la estructura institucional tradicional y la práctica que informan todo sistema jurídico proporcionándole su carácter distintivo. Separar el problema de la unidad formal del de la unidad material constituye lo que llamo el primer problema de la identidad de los sistemas jurídicos.

1. *El problema aislado*

La identidad del sistema jurídico se basa en el criterio o conjunto de criterios que determinan qué disposiciones jurídicas pertenecen al sistema y qué disposiciones jurídicas no. Algunas de las respuestas dadas al problema de la identidad son perfectamente conocidas. Posiblemente las más conocidas son:

Una disposición jurídica es parte del sistema jurídico si, y sólo si, fue establecida, directa o indirectamente, por el soberano del sistema (Austin).

Una norma es parte del orden jurídico si, y sólo si, es autorizada por la norma fundamental del orden jurídico (Kelsen).

Una disposición jurídica (*rule*) pertenece al sistema si, y sólo si, debe ser así reconocida de conformidad a la regla de reconocimiento del sistema (Hart).

Los tres filósofos mencionados no se ocuparon de la unidad material de los sistemas jurídicos. No pensaron que la unidad de los sistemas jurídicos depende del contenido o espíritu de sus leyes o de las tradiciones o prácticas de sus más importantes instituciones jurídicas. Por el contrario, ellos esperaban formular un criterio que les permitiera determinar si dos disposiciones jurídicas pertenecen o no al mismo sistema jurídico.

Un concepto más o menos claro de la identidad de un sistema jurídico es presupuesto en cualquier investigación sobre su unidad material. El investigador necesita conocer qué disposiciones jurídicas y qué instituciones forman el orden jurídico antes de que pueda indagar sobre sus características distintivas. No necesita, sin embargo, una lista completa y precisa de las disposiciones jurídicas del sistema; es suficiente para sus propósitos poder identificar el

grueso de las disposiciones jurídicas. Ciertamente, una investigación sobre la unidad material del sistema jurídico puede, inclusive, ayudar a solucionar ciertos casos límite sobre su identidad. Cuando otros indicadores no logran dar una respuesta puede ser razonable decidir que una disposición jurídica es parte de cierto sistema jurídico en base a que se parece enormemente, tanto en su espíritu como en su forma de aplicación, al resto de las disposiciones jurídicas del sistema jurídico, o bien resolver que, en virtud de que dicha disposición jurídica es diametralmente opuesta a las características del mismo, no debe ser considerada como parte de él.

Al describir el problema de la identidad como la búsqueda de los criterios que determinan qué disposiciones jurídicas pertenecen al sistema jurídico, normalmente se presupone que la noción de disposición jurídica (*a law*) es clara e incontrovertible. Pero, de hecho, esto está lejos de ser el caso. El problema de la individuación de las disposiciones jurídicas —la cuestión de saber qué es una disposición jurídica completa— es uno de los problemas más controvertidos en la teoría del derecho. Por tanto, sería deseable separar el problema de la identidad de los sistemas jurídicos del problema de la individuación de las disposiciones jurídicas. Esto puede lograrse fácilmente reformulando el problema de la manera siguiente: el problema de la identidad de los sistemas jurídicos es la búsqueda del criterio o del conjunto de criterios que proporcionan un método para determinar si un conjunto de enunciados normativos constituyen, si son verdaderos, una descripción completa de un sistema jurídico.

Con la ayuda de cierta terminología técnica es posible evitar el problema de la individuación. Un enunciado es un enunciado normativo si, y sólo si, la existencia de una disposición jurídica es una condición necesaria para ser verdadero. Un enunciado normativo es puro si, y sólo si, la existencia de ciertas disposiciones jurídicas es suficiente para ser verdadero. El conjunto de todos los enunciados puros referidos a un mismo sistema jurídico es llamado "el conjunto total" de tal sistema y cada conjunto de enunciados puros, que es lógicamente equivalente al conjunto total de un sistema jurídico, es una descripción completa de ese sistema. El problema de la identidad es la búsqueda de los criterios para una descripción completa de cualquier sistema jurídico y es irrelevante si algún enunciado en la descripción describe una disposición jurí-

dica completa o no. Por tanto, una teoría que se ocupe de la naturaleza y principios de la individuación de las disposiciones jurídicas no necesita ser presupuesta en un examen del problema de la identidad.

Al estipular que los criterios sólo identifican conjuntos de enunciados que constituyen, *si son verdaderos*, descripciones completas, entonces el problema de la existencia de los sistemas jurídicos puede ser separado del problema de la identidad. Los criterios de existencia de los sistemas jurídicos se ocupan de proporcionar un método para determinar cuándo una descripción completa es una descripción verdadera —esto es, para determinar si el sistema jurídico descrito, efectivamente existe. Esta tarea debería ser claramente separada de la formulación de los criterios de identidad.¹

El problema de la identidad tiene dos aspectos completamente diferentes: el del alcance o extensión (*scope*) de un sistema jurídico y el de su continuidad. Las cuestiones que se plantean en relación al alcance o a la extensión surgen cuando consideramos, por ejemplo, si los congresos constituyentes, un contrato válido, las regulaciones de una sociedad o de un sindicato son parte del sistema jurídico. Las cuestiones sobre la continuidad se refieren a los procedimientos a través de los cuales los sistemas jurídicos dejan de existir y son reemplazados por un sistema nuevo. Por ejemplo ¿la revolución, el golpe de Estado, o una declaración de independencia acaban con la existencia de un orden jurídico señalando el surgimiento de uno nuevo?

Un sistema jurídico momentáneo es un sistema jurídico en un tiempo determinado. El problema del alcance o extensión es la búsqueda de los criterios de identidad de los sistemas jurídicos momentáneos mientras que el problema de la continuidad es la búsqueda de los criterios que proporcionan un método para determinar si dos sistemas jurídicos momentáneos son parte de un mismo sistema jurídico continuo. Voy a mostrar que a cada uno de estos problemas se aplican consideraciones algo diferentes.

Estas explicaciones preliminares hacen patente que los problemas de identidad que aquí se consideran son problemas de teoría del derecho (*jurisprudence*), y cuya solución consiste en establecer conjuntos de criterios de identidad, los cuales, si tienen éxito, proporcionan métodos para determinar la identidad de *todos* los sis-

¹ Cfr. Raz, J., *The Concept of Legal Systems*, cit. pp. 49 y 70.

temas jurídicos nacionales. El problema, así concebido, resulta muy diferente de aquel al que se enfrenta un abogado cuando busca una respuesta para cierto problema de un determinado sistema jurídico. Considérese, por ejemplo, a un juez, el cual tiene que pronunciar una sentencia en un litigio de su conocimiento. Algunas respuestas que podrían satisfacer al filósofo del derecho no ayudan al juez. Un filósofo del derecho puede decir, como ciertos filósofos lo han dicho, que lo que hacen los jueces en los litigios es derecho; sin embargo, es poco probable que esto sea de mucha ayuda para el juez, el cual se pregunta qué debe hacer en relación con ese litigio. ¿Es esto prueba de que este criterio teórico es falso o irrelevante? La respuesta a esta interrogante depende de la posición que se adopte en relación con el problema fundamental planteado anteriormente: ¿Qué propósito persiguen los filósofos del derecho cuando construyen teorías sobre la identidad de los sistemas jurídicos? Éstos, parece, no tratan meramente de desentrañar el significado común y corriente de un término jurídico. ¿Cuál es, pues, su objetivo?

Una respuesta posible es que el objetivo consiste en forjar un concepto que ayude a los tribunales y a las demás personas interesadas en el derecho a encontrar soluciones para ciertos problemas jurídicos. Hay un sentido en el cual esto es una verdad trivial de todos los problemas de la teoría del derecho. La teoría del derecho procura, de una u otra manera, aumentar nuestro entendimiento del derecho, por remota o indirecta que pueda ser. Un aumento en el entendimiento del derecho está destinado a afectar el funcionamiento del mismo y a ayudar a los abogados. Sin embargo, el problema planteado no debe ser tomado en este sentido; por el contrario, su intención es afirmar que existen ciertos problemas jurídicos cuya solución se obtiene directamente de un análisis teórico de la identidad de los sistemas jurídicos.

Varios problemas jurídicos pueden ser considerados relevantes para el concepto de la identidad. Algunos relacionados con el alcance o extensión de los sistemas jurídicos, es decir, con el problema de la identidad de los sistemas momentáneos. La mayoría de los sistemas jurídicos distinguen entre procedimientos para plantear cuestiones de hecho y para plantear cuestiones de derecho ante los tribunales. Muchos sistemas estipulan que la ignorancia de las leyes no excusa su incumplimiento mientras que un error (*reasonable*) de hecho, sí. Muchos sistemas jurídicos contienen disposi-

ciones jurídicas que establecen que una regla general —una ley— es válida si es publicada en la forma determinada por el derecho. Todas estas disposiciones jurídicas pueden originar conflictos sobre la siguiente cuestión: ¿cierta disposición jurídica es parte del orden jurídico o no? ¿Debe haber probado la defensa la (existencia) de la disposición jurídica como un hecho? ¿Es ésta parte del sistema jurídico? Existen otras doctrinas que pueden también plantear cuestiones del alcance o extensión de los sistemas jurídicos a los tribunales. Por ejemplo: ¿los tratados internacionales obligatorios, de los que el Estado es signatario, son parte del derecho nacional del Estado? ¿Las normas del derecho internacional público son parte del derecho del Estado?

Las cuestiones pertenecientes a la continuidad de los sistemas jurídicos pueden plantearse ante los tribunales en diferentes contextos. Un golpe de Estado triunfante o el establecimiento de un nuevo Estado pueden originar varios problemas. ¿Están aún en vigor las leyes anteriores? ¿Las personas que poseían un alto cargo lo mantienen o tienen que ser nuevamente designados? ¿Puede el nuevo régimen o el nuevo Estado reclamar impuestos y deudas debidas al antiguo régimen o Estado? ¿La persona que cometió un delito antes de haber ocurrido el cambio puede ser perseguida después de que este último haya ocurrido? Y, así, otros tantos problemas semejantes.

Algunos de los problemas mencionados, quizás los más, tienen soluciones obvias y no presentan dificultad para el abogado o el juez. Es la naturaleza de la cuestión, las consideraciones relevantes para una respuesta correcta, lo que interesa; su grado de dificultad es irrelevante. Esto no quiere decir que tales problemas sean siempre decididos de conformidad con la concepción que los tribunales tienen sobre el alcance o extensión (*scope*) y continuidad de los sistemas jurídicos. Otras razones pueden ser tomadas en cuenta: y, así, los tribunales pueden, implícita o explícitamente, basar sus fallos en otros fundamentos.² De esto se desprende que aun cuando los tribunales se enfrentan a este género de problemas, sus opiniones sobre la cuestión de la identidad no son siempre claras en los fallos dados a los litigios. Los argumentos utilizados para jus-

² Por ejemplo, los tribunales pueden decidir, que una cierta disposición jurídica es parte del sistema jurídico y por tanto, válida, y la disposición que hace que la validez dependa de la publicación debe ser concebida de manera a incluir una excepción para las disposiciones jurídicas de este tipo,

tificar la decisión es una mejor indicación e, incluso, pueden dar lugar a diferentes interpretaciones.

Podría sugerirse que el teórico del derecho, cuando trata con problemas de la identidad debe ayudar a formular una respuesta sistemática para los problemas jurídicos de este tipo. Deben tomar en cuenta las soluciones jurídicas existentes. Debe considerar, por ejemplo, que el hecho de que el derecho extranjero, de conformidad con las reglas del derecho internacional privado, necesita ser probado por dictamen de peritos cuando es aplicado por los tribunales, es clara indicación de que el derecho extranjero no es parte del sistema jurídico bajo el cual los tribunales operan. El teórico del derecho debe generalizar estas soluciones jurídicas particulares, dilucidar las razones de su adopción y, en base a ello, formular una teoría de la identidad que ayude a resolver tanto los problemas difíciles como los nuevos de este género, así como proporcionar una guía para evaluar las ventajas de las soluciones adoptadas.

Al seguir esta tarea el teórico del derecho puede encontrarse entre dos actitudes opuestas. Por un lado, se esfuerza por mostrar una subyacente unidad en las soluciones aceptadas o propuestas, de muy diversos problemas jurídicos. Por otro lado, se encuentra con que cada solución acarrea diferentes consecuencias jurídicas y surge en diferentes contextos; por tanto, cada solución pudiera ser guiada por diferentes consideraciones. El propósito de hacer que la validez de una ley dependa de la publicación puede ser diferente del propósito que se tiene cuando se establece que el desconocimiento del derecho no excusa su incumplimiento. El teórico del derecho no puede dar por aceptado que el examen de varios problemas jurídicos relacionados con el problema de la identidad de los sistemas jurídicos conduzca a un criterio unificado de identidad. Aún más, el teórico no puede afirmar que las conclusiones obtenidas en el estudio de un determinado sistema jurídico, sean aplicables para cualquier otro.

Los diferentes sistemas jurídicos sostienen diferentes ideales de justicia, mantienen un distinto equilibrio de los intereses en conflicto y, persiguen, de alguna manera, objetivos diferentes. Los sistemas jurídicos existen en diferentes sociedades viviendo bajo diferentes condiciones, por tanto, es probable que adopten diferentes soluciones sobre el problema de la identidad.

Esto no quiere decir que una investigación sobre los diferentes

criterios jurídicos de identidad aceptados en un sistema jurídico, así como sobre sus fundamentos racionales, no constituya una tarea valiosa. Estas consideraciones sólo pretenden prevenirnos contra las generalizaciones temerarias y contra la aplicación mecánica de las soluciones aceptadas a nuevos casos. Por otro lado, dichas consideraciones quieren llamar la atención sobre el hecho de que una investigación de este género obliga al teórico a realizar una labor, en alto grado, crítica. El teórico no puede simplemente enumerar los criterios jurídicos sino más bien inquiere en sus justificaciones para, en base en ello, realizar una correcta generalización que ayude a solucionar razonablemente casos difíciles, así como casos nuevos.

Probablemente este particular propósito de la doctrina de la identidad haya hecho que ninguno de los grandes filósofos positivistas interesados en problemas de la identidad considere sus investigaciones como hechas para perseguir este propósito. El positivismo jurídico concibe el problema de la identidad como un problema descriptivo de la teoría general del derecho. Los jusfilósofos aludidos quieren encontrar los criterios para identificar las disposiciones jurídicas de cualquier sistema jurídico; no están interesados en la solución correcta o deseable de cualquier conjunto de problemas jurídicos específicos. Bentham, Austin, Gray, los realistas estadounidenses, Kelsen, Hart, ninguno de ellos tiene gran interés en cualquiera de los problemas jurídicos mencionados; no los consideran relevantes para sus teorías en la medida en que persiguen diferentes objetivos. El intento de conseguir una solución sistemática y razonable al conjunto de problemas jurídicos del tipo enumerado es un objetivo posible de un teórico del derecho. No ha sido, sin embargo, un objetivo importante en la historia de la teoría del derecho.

2 *El problema clarificado*

¿Cuáles son, pues, los objetivos que persiguen los jusfilósofos cuando tratan los problemas de la identidad? Existen tres principales cuestiones que atañen al problema cuando es considerado como problema de la teoría general del derecho.

Primera: la relación entre la existencia de una disposición jurídica y su eficacia.

Segunda: la distinción entre la creación de una disposición jurídica nueva y la aplicación de una existente.

Tercera: la relación entre derecho y Estado.

Conjuntamente estas cuestiones determinan la respuesta al problema de la identidad. Aunque cada una de ellas ha sido tratada en lo particular por alguno de los jusfilósofos que se ocupan del problema de la identidad, es un fracaso considerar estas cuestiones parcialmente, como lo revela el hecho de que no se haya encontrado una solución satisfactoria al problema. Esta parte del capítulo es un examen de las tres cuestiones.

i. La relación de existencia y eficacia de las disposiciones jurídicas. La cuestión de la relación de existencia y eficacia de las disposiciones jurídicas es uno de los problemas más fundamentales que se refieren a la naturaleza del derecho. Esta cuestión se ocupa de las condiciones de existencia de las disposiciones jurídicas, pero como éstas existen sólo en sistemas jurídicos, preguntar si una disposición jurídica existe, equivale a preguntar si ésta es parte del respectivo sistema jurídico. La cuestión, pues, se refiere al problema de la identidad.

Existen dos posiciones extremas sobre esta cuestión. Por un lado se encuentra aquella que afirma que una disposición jurídica creada de manera apropiada existe y es válida; su eficacia o ineficacia no afecta su existencia ni su validez, salvo que otra disposición jurídica del sistema haga de la eficacia condición de la existencia de las disposiciones jurídicas. Diametralmente opuesta a esta postura se encuentra la que sostiene que una disposición jurídica existe porque y en tanto que es socialmente aceptada y seguida (obedecida). Las costumbres son disposiciones jurídicas aun cuando no estén legisladas, mientras que una disposición jurídica legislada no es válida si no se encuentra enraizada en la práctica social. Algunos teóricos han propuesto ciertas soluciones de compromiso. Kelsen, por ejemplo, dice:

Una norma jurídica es considerada válida sólo si la conducta humana que regula se conforma efectivamente a ella, por lo menos hasta cierto punto. Una norma que no es obedecida en ningún lado y por nadie, es decir, una norma que, como habitualmente se dice, no tiene un cierto grado de eficacia no es reconocida como una norma jurídica

efectivamente válida. Un mínimo de eficacia es condición de la validez de las normas jurídicas.³

Laswell y Kaplan también prefieren una solución de compromiso, aunque, en comparación con la solución de Kelsen, ponen mayor peso en la eficacia. Laswell y Kaplan sostienen que:

Las disposiciones jurídicas no son creadas por la sola actividad de los órganos legislativos, es necesario, además, que sean obedecidas: Una ley dej. de contener una disposición jurídica (salvo en sentido formal...) en la medida en que es ampliamente desobedecida.⁴

Hay algo de verdad en ambos puntos de vista. Las disposiciones jurídicas guían el comportamiento humano, ayudan a las personas a planear y a decidir el curso de su conducta, y suministran estándares para valorar tanto las acciones pasadas como las simplemente planeadas. Una disposición jurídica, cuya existencia es desconocida, que no es ejecutada por el gendarme ni aplicada por los jueces o jurados, no guía el comportamiento de la mayor parte de la gente, ni aun el comportamiento de los obedientes. De forma que parece no haber razón para considerarla como parte del sistema jurídico; su completa ineficacia, le ha privado de la característica esencial de una disposición jurídica la de guiar el comportamiento. Por otro lado, no sólo los parlamentos modifican frecuentemente el derecho en respuesta a una práctica social, a la opinión preponderante o a la costumbre, sino que ciertas prácticas sociales que no fueron adoptadas por el órgano legislativo tienen las características de las disposiciones jurídicas —guían el comportamiento y muy frecuentemente influyen las decisiones de los tribunales, algunas veces sin que los jueces se percaten de ello.

Los que sostienen el punto de vista contrario alegan en contra de estos argumentos que, si bien tanto las disposiciones jurídicas como las prácticas sociales guían el comportamiento humano, no existe razón para confundirlas. El concepto disposición jurídica (*a law*) ha sido tradicionalmente usado para referirse a aquellas normas (*norms*) que, conformes o no con las prácticas sociales, tienen la característica de ser parte de un sistema de normas el

³ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 10 (preferimos transcribir del original, *cfr. id., The Pure Theory of Law*, cit., p. 11; *Théorie Pure du Droit*, París, Dalloz, 1962, pp. 144-145; *id., Teoría Pura del Derecho* cit. p. 24. N.T.).

⁴ Laswell, H. and Kaplan, A. *Power and Society*, New Haven, 1950, p. 75.

cual se presenta unificado por su relación con las instituciones jurídicas. Las prácticas sociales difieren de las disposiciones jurídicas porque no se encuentran institucionalizadas.

El argumento de que las disposiciones jurídicas son tales, en virtud de que son establecidas por instituciones jurídicas clarifica este hecho fundamental sobre el derecho, centrando su atención en su naturaleza institucionalizada. Incluso la costumbre jurídica no es derecho sino hasta que es reconocida y declarada como tal por los tribunales. La eficacia, por tanto, no afecta la validez y existencia de las disposiciones jurídicas. Afirmar otra cosa sería confundir las disposiciones jurídicas con las costumbres sociales y olvidar un hecho básico del derecho —que es siempre creado por instituciones—. Indudablemente existe una relación entre las disposiciones jurídicas y las prácticas sociales: sin embargo es, ésta, cuando mucho, una relación causal. En efecto, en el establecimiento de nuevas disposiciones jurídicas tanto los órganos legislativos como los tribunales consciente o inconscientemente pueden ser influidos por las costumbres y prácticas preponderantes; también, la existencia de las disposiciones jurídicas pueden alterar las costumbres y hábitos sociales e, incluso, modificar las opiniones. No obstante, no existe conexión lógica entre el derecho y la práctica social.

Ambos argumentos son atractivos y es bastante tentador aceptar una solución de compromiso, como lo hicieron Kelsen, Laswell, Kaplan y otros. Sin embargo, existe otra posible solución al problema, la cual no es una mera combinación de las dos primeras; aunque incorpora los elementos correctos de los dos. Esta solución cambia el énfasis hacia las instituciones aplicadoras del derecho y hace del reconocimiento de los órganos aplicadores una condición necesaria de la existencia de las disposiciones jurídicas. Esta vez se hace de la naturaleza institucionalizada de las disposiciones jurídicas una parte indispensable de los criterios de identidad; una disposición jurídica es parte del sistema jurídico sólo si está reconocida por las instituciones jurídicas. Por tanto, el énfasis es dado, más que a las instituciones creadoras del derecho, a las instituciones que lo aplican.

Esta postura puede ser justificada por tres razones; la tercera subyace en las otras dos. Primera: porque aunque las instituciones jurídico-creadoras tienen gran importancia en las sociedades modernas donde el derecho es concebido como el resultado de deci-

siones humanas deliberadas —como debiera ser en cualquier sociedad—, juegan un papel menor e, incluso, no existen en las sociedades primitivas donde las disposiciones jurídicas son consideradas inmutables y donde, de hecho, cambian principalmente mediante costumbres de lenta evolución. Las instituciones jurídico-aplicadoras son, por el contrario, un rasgo constante en todo tipo de sociedad y su existencia debe ser considerada como una característica definitoria del derecho.

Segunda, porque en la medida en que la mayoría de los sistemas jurídicos reconocen diversas fuentes del derecho, el único medio para determinar cuáles son las instituciones y los procedimientos jurídico-creadores de un sistema jurídico dado, es determinando qué fuentes del derecho son reconocidas por los tribunales. De ahí que sólo los tribunales de un sistema jurídico puedan proporcionarnos la clave de sus criterios de identidad.

Tercero, porque es característica esencial de los sistemas jurídicos ser sistemas normativos institucionales. Por tanto resulta razonable considerar al derecho, que consiste en esas normas, reglas y principios que se presentan a los individuos e instituciones como guías de su conducta, por el conjunto de instituciones jurídicas en su totalidad. Cuando la acción de los órganos jurídico-creadoras y la de los órganos jurídico-aplicadores entran en conflicto, la acción de estos últimos es la que afecta las consideraciones de los súbditos: son ellos los que tienen, en última instancia, autoridad para declarar cuál es el derecho.⁵

Este tercer razonamiento también preserva la importancia de la eficacia en la definición del derecho. Sin embargo, la eficacia, es relevante sólo en la medida en que ésta afecta la práctica de las instituciones jurídico-aplicadoras. Si, por ejemplo, los tribunales dejan de conformarse consistentemente a una disposición jurídica, ésta no es parte del sistema jurídico en el que los tribunales funcionan, no obstante el hecho de haber sido debidamente establecida y no haber sido derogada. Si los tribunales persistentemente interpretan una ley (*statute*) de manera diferente a su significado original, el contenido de su interpretación, y no su sentido original, es el que se convierte en derecho.

De acuerdo con esta postura la existencia del derecho está lógicamente relacionada con la práctica de los órganos jurídico-apli-

⁵ Cfr. Raz, J., *The Concept of Legal Systems*, cit., pp. 191-192 y 201-202.

cadore. La condición de membrecía de una disposición jurídica a un sistema jurídico es, sin embargo, un *contrafáctico* (*a counterfactual*): si es alegada en un caso apropiado, los tribunales podrían aplicar la disposición jurídica. Esto puede ser verdad aun suponiendo que nunca —o muy raramente— se aleguen en casos apropiados. Pero, por otro lado, tenemos que tanto casos penales como asuntos civiles son frecuentemente resueltos al margen de los tribunales y en formas contrarias al derecho. Por tanto, una disposición jurídica puede ser válida aun cuando sea ampliamente ineficaz.

Estas indicaciones no adelantan ninguna solución al problema de la relación entre eficacia y existencia de las disposiciones jurídicas. Más bien, delinean un enfoque del problema determinando un cierto tipo de solución posible.⁶ Un gran número de autores —entre ellos Holland, Gray, Salmond, Holmes, Llewellyn y Hart— escogieron este enfoque y adoptaron una solución que corresponde al planteamiento escogido. Sin embargo, estos autores difieren grandemente en los detalles de sus teorías así como en las razones que los llevaron a su adopción. Delinear un argumento para una solución, como el argumento ofrecido anteriormente, no representa las razones de todos los autores mencionados, incluso, pueden no ser las razones de ninguno sino sólo las mías. Pero, lo que todos tenemos en común es el énfasis dado a los órganos jurídico-aplicadores en nuestro criterio de identidad de los sistemas jurídicos.

Puesto que el propósito de este capítulo es aclarar los problemas, más que examinar o proponer soluciones detalladas, no hay necesidad de comparar aquí las diversas soluciones dadas al problema de la identidad que puedan caer dentro del marco del planteamiento que hemos delineado. No obstante, debe llamarse la atención sobre dos afirmaciones que, aunque hechas por algunos de los autores mencionados, fueron rechazadas por otros y no acompañan necesariamente a todas las teorías de identidad de este tipo. Estas dos afirmaciones son, primera: sostener que una disposición jurídica es parte de un sistema jurídico sólo si es aplicada por los órganos jurídico-aplicadores, no quiere decir que estos órganos creen el derecho. Ellos pueden estar, y en la mayoría de los casos

⁶ Varios problemas no han sido siquiera mencionados: ¿Qué es un órgano jurídico-aplicador? ¿Qué es un tribunal? ¿Son relevantes para los criterios de identidad las funciones de los órganos jurídico-aplicadores? En el texto algunas veces me he referido a tribunales y otras veces a órganos; sin embargo, no quisiera adelantar aquí mi opinión. Esto lo veremos en el siguiente capítulo.

están, meramente reconociendo y aplicando disposiciones jurídicas previamente creadas por la legislación, el precedente o la costumbre. Segunda: que una disposición jurídica es parte de un sistema jurídico sólo si es reconocida por los tribunales, no significa que las disposiciones jurídicas sean descripciones o predicciones de lo que los tribunales hacen o van a hacer. Los tribunales se componen de seres humanos y las causas (motivos) de su comportamiento se encuentran abiertas al análisis y predicción por parte del psicólogo, sociólogo y otros científicos tanto como lo están los motivos del comportamiento de otros individuos. Las resoluciones de los tribunales, no obstante, son el fruto de decisiones deliberadas basadas en la evaluación de ciertas razones para varias alternativas. Aún más, los tribunales dan cuenta de las razones que, en su opinión, justifican sus decisiones. Es pues, examinando las opiniones de los tribunales como pueden encontrarse las disposiciones jurídicas en virtud de las cuales éstos funcionan. Por tanto, las disposiciones jurídicas son, por sí, normativas; guían el comportamiento de los tribunales así como el de los particulares. Su existencia se basa, en última instancia, en prácticas sociales pero esto es común a todas las normas positivas y no disminuye su normatividad.

ii. La distinción entre crear una disposición jurídica nueva y aplicar una existente. Afirmar que una disposición jurídica es parte de un sistema jurídico sólo si es reconocida por los órganos jurídico-aplicadores —tribunales— sólo significa que dicha disposición jurídica habría sido aplicada por los tribunales que hubieran conocido del caso apropiado. Que un tribunal aplique una disposición jurídica cuando se enfrenta con el caso apropiado, es una indicación de que, o bien la disposición jurídica existe en el sistema jurídico respectivo, o que la disposición jurídica es hecha por los tribunales cuando tienen la oportunidad de hacerlo. El reconocimiento por parte de los tribunales o por cualquier otro órgano jurídico-aplicador no es un criterio completo de identidad en virtud de que estos órganos frecuentemente están facultados a crear disposiciones jurídicas nuevas y, a menudo también, las disposiciones jurídicas que estos órganos van a crear pueden ser determinadas con anterioridad.

Como primer paso para completar el criterio⁷ se tienen que in-

⁷ El hipotético reconocimiento de los tribunales no es, estrictamente hablando, ni

corporar la referencia al hecho de que el derecho no puede sólo ser reconocido por los tribunales sino que podría ser reconocido como un derecho previamente existente. No es una disposición jurídica nueva la que crean los tribunales cuando se enfrentan con un caso apropiado. Por esta razón la distinción entre la aplicación de una disposición jurídica existente y la creación y aplicación de una nueva es la segunda cuestión que la teoría del derecho enfrenta en relación con el problema de la identidad. De entre los grandes juristas Hart es el único que trata estos problemas de modo que una breve exposición de los aspectos relevantes de su teoría aclararán la naturaleza de la cuestión.

Hart sostiene que la distinción entre la aplicación de una disposición jurídica nueva y la aplicación de una previamente existente se reduce al hecho de la existencia o ausencia de un deber de aplicar la disposición jurídica. Un tribunal aplica una disposición jurídica previamente existente si, y sólo si, aplica una disposición jurídica que tiene el deber de aplicar; por el contrario, cuando el tribunal aplica una regla (*rule*) que no tiene el deber de aplicar, no aplica una disposición jurídica previamente existente.⁸

Esto es una consecuencia de la teoría de Hart de la regla de reconocimiento. En todo sistema jurídico, sostiene Hart, hay necesariamente una regla de reconocimiento que identifica las disposiciones jurídicas de tal sistema.⁹ El criterio de identidad de los sistemas jurídicos puede ser formulado como sigue: un sistema jurídico consiste en una regla de reconocimiento y en todas las disposiciones jurídicas identificadas por esa regla. La exposición que hace Hart de la regla de reconocimiento no participa del alto grado de claridad que caracteriza el resto de su libro;⁴ requiere

siquiera una condición necesaria de la membresía de una disposición jurídica a un sistema jurídico; puesto que una disposición jurídica puede pertenecer a un sistema jurídico aun si los tribunales tienen el poder de cambiarla y se sabe que lo harán. La relación entre las prácticas de los tribunales y la identidad de los sistemas jurídicos es aclarada más adelante en la exposición de la teoría de Hart de la regla de reconocimiento. Véase el texto acompañado de las notas 9 a 28.

⁸ En tales casos el tribunal convierte tal regla en una disposición jurídica del sistema jurídico si, y sólo si, se origina, como resultado de su reconocimiento, un deber de aplicarla en otros casos; esto es, si el sistema contiene una regla que haga obligatorio el precedente.

⁹ Cfr. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., pp. 92-120; id. *El Concepto del derecho*, cit., pp. 117-153.

⁴ *Op. ult. cit.*, N.T.

interpretación, la cual se limitará a los efectos que la doctrina de Hart tiene sobre el problema de la identidad.¹⁰ Una regla de reconocimiento es “la regla que identifica en forma definitiva las reglas^e primarias de obligación”.¹¹ Aquí, como ocasionalmente en otro lado, Hart sostiene que su regla de reconocimiento identifica sólo reglas primarias. Sin embargo, es bastante claro que su regla de reconocimiento es una regla para la identificación de todas las otras normas del sistema y sólo de ellas. La regla de reconocimiento especifica “alguna o algunas características cuya posesión por cierta regla es una indicación afirmativa concluyente de que se trata de una regla *del grupo*”.¹² Esto significa que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico constituye su criterio de validez: “Decir que una cierta norma es válida, es reconocer que ella satisface todos los criterios establecidos por la regla de reconocimiento en tanto regla *del sistema*”.¹³ La regla de reconocimiento establece también los medios de resolución de conflictos entre disposiciones jurídicas.¹⁴ Esto es concebido por Hart como esencial en la función que realiza la regla de reconocimiento en la identificación de las disposiciones jurídicas de un sistema; puesto que es condición de validez de una regla no estar en conflicto con una regla superior.

¿Cómo realiza su función la regla de reconocimiento? La regla de reconocimiento es única entre las reglas del sistema jurídico.¹⁵ Es una regla necesaria en el sentido de que todos los sistemas jurídicos tienen necesariamente una y sólo una regla de reconocimiento. El conjunto de reglas que no contengan una regla de

¹⁰ La regla de reconocimiento es también central para la teoría de Hart sobre la existencia de los sistemas jurídicos. (Cfr. *The Concept of Law*, cit., pp. 109-114; [El concepto del derecho, cit., pp. 139-146]). Este aspecto de la teoría de Hart no será considerado en la presente explicación.

^e Hart hace uso de la expresión ‘rule’ para referirse a las entidades que forman parte de un sistema. Raz hace uso de ‘a law’ (‘disposición jurídica’). Al referirnos a Hart utilizaremos el término ‘regla’ por ser una expresión que se identifica inmediatamente a la teoría jurídica de H.L.A. Hart. N.T.

¹¹ *The Concept of Law*, cit., p. 92 (Cfr. *El concepto del derecho*, cit. p. 118). El autor transcribe por error ‘behaviour’ en lugar de ‘obligation’, cfr. Raz, J., *The Authority of law. Essays of Law and Morality*, cit., p. 91. N.T.

¹² *Ibid.*, *Ibid.* (Enfatizando.)

¹³ *The Concept of Law*, cit., p. 100; cfr. pp. 102 y 106 (*El concepto del derecho*, cit., p. 129; cfr. pp. 131-132 y 135-136).

¹⁴ Cfr. *The Concept of Law*, cit., pp. 92-93, 98 y 103 (*El concepto del derecho*, cit., pp. 118, 126-127 y 132-133).

¹⁵ Cfr. *The Concept of Law*, cit., p. 107 (*El concepto del derecho*, cit., p. 137).

reconocimiento no constituye un sistema jurídico.¹⁶ Aún más, todas las reglas existen y son parte del sistema jurídico sólo si satisfacen las condiciones establecidas en la regla de reconocimiento. Pero, por supuesto, la existencia de la propia regla de reconocimiento, no puede ser determinada mediante este procedimiento. "Su existencia es una cuestión de hecho (y)... tiene que consistir en una práctica efectiva".¹⁷ Un poco antes, en su libro, Hart hace un detallado análisis de lo que significa que una norma exista como una cuestión de hecho —como una práctica social—. ¹⁸ Este análisis tiene el claro propósito de aplicarse a la regla de reconocimiento.

¿Qué prácticas constituyen las condiciones de existencia de la regla de reconocimiento? La respuesta de Hart está lejos de ser clara. Frecuentemente se refiere a "la práctica de los tribunales, de los órganos legislativos, de los funcionarios o de los ciudadanos".¹⁹ En ocasiones, aunque hace referencia a la conducta de los particulares, Hart atribuye especial importancia a la práctica de los tribunales.²⁰ Finalmente dice —y esto debe ser considerado como la posición de Hart— que el comportamiento de la población no es parte de las condiciones de existencia de la regla de reconocimiento. Su existencia depende del comportamiento de los "funcionarios" u "órganos" del sistema²¹ a los cuales, presumiblemente, Hart considera como los órganos jurídico-aplicadores.²²

Hart sostiene que las condiciones de existencia de las reglas sociales, son las prácticas de aquellas personas a las cuales las reglas son dirigidas. De esto se infiere que la regla de reconocimiento es

¹⁶ Cfr. *The Concept of Law*, cit., p. 93 (*El concepto del derecho*, cit., pp. 118-119).

¹⁷ *The Concept of Law*, cit., pp. 107-108, cfr. p. 245 (*El concepto del derecho*, cit., pp. 137-138 y 310-311).

¹⁸ Cfr. *The Concept of Law*, cit., pp. 54-56 (*El concepto del derecho*, cit., p. 69-72), para una mayor comprensión de la explicación de Hart sobre regla social, véase Raz, J., *The Concept of Legal System*, cit., pp. 147 y ss.

¹⁹ *The Concept of Law*, cit., p. 204; véase id. p. 98 y 106 (*El concepto del derecho*, cit., pp. 133-134, 126 y 136).

²⁰ Cfr. *The Concept of Law*, cit., p. 105; *El concepto del derecho*, cit., pp. 134-135.

²¹ Cfr. *The Concept of Law*, op. cit., pp. 110-113; *El concepto del derecho*, cit., pp. 140-141 y 144-145.

²² Esta interpretación puede corroborarse en un posterior trabajo de Hart llamado "Kelsen's Doctrine of The Unity of Law", en *Ethics and Social Justice*, Kieffer and Munitz, Nueva York, 1970 (existe versión española de nosotros: "La teoría kelseniana de la unidad del derecho", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año VII, núm. 21, septiembre-diciembre, 1974, pp. 105-140).

dirigida a los funcionarios del orden jurídico.²³ Aún más, la aplicación de Hart de las reglas sociales es básicamente una explicación de las reglas que imponen deberes. El único otro tipo de normas que Hart reconoce son las reglas que confieren facultades (*power-conferring rules*) pero no considera qué prácticas sociales constituyen una regla consuetudinaria que confiera facultades. Por tanto, puesto que la regla de reconocimiento es una regla consuetudinaria, entonces debe ser interpretada como regla que impone deberes. Además, todos los poderes jurídicos de los órganos les son conferidos por reglas de cambio o de decisión (judicial) [†] las cuales los facultan a crear nuevas disposiciones jurídicas y a resolver litigios. Afirmar que la regla de reconocimiento es una regla que confiere facultades es confundirla con las reglas de cambio o con las reglas de decisión.²⁴

²³ En *El concepto del derecho* no existe un claro planteamiento de esta cuestión. Se dice frecuentemente que la regla de reconocimiento es para ser usada por los órganos (*officials*) y los particulares (*cfr. The Concept of Law, cit.*, pp. 97, 98 y 104. [*El concepto del derecho, cit.*, pp. 125, 126, 127 y 133-134]). Pero es bastante claro que la regla de reconocimiento está dirigida a los órganos (*officials*) y es aplicada sólo a ellos. De esto se infiere que si todo sistema jurídico tiene una regla de reconocimiento, entonces tiene también órganos (*officials*) y normas de cambio y de decisión (judicial) (véase la nota f) que instituyen órganos con facultades jurídicas. (Sobre las normas de cambio y de decisión [judicial], véase: *The Concept of Law, cit.*, pp. 93-96. *El concepto del derecho, cit.*, pp. 119-123). Esta es la razón por la que sostengo que la teoría de Hart debe ser considerada entre las teorías que enfatizan la naturaleza institucional del derecho. Sin embargo en ocasiones Hart parece negar que las instituciones sean parte esencial de todo sistema jurídico. (*Cfr. The Concept of Law, cit.*, p. 93 [*El concepto del derecho, cit.* pp. 118-119], véase, además, *Kelsens' Doctrine of The Unity of Law, cit.*, p. 125; [*La teoría kelseniana de la unidad del derecho, cit.*, pp. 105-140]).

[†] Hemos advertido que traducimos '*rules of adjudication*' como 'reglas de decisión'. Siguiendo en esto a la versión francesa de *The Concept of Law* de Hart, tal y como lo advertimos en la nota f del Prefacio a la edición inglesa. N.T.

²⁴ Habitualmente se sostiene que por reglas secundarias Hart entiende las reglas que confieren facultades. Esta interpretación se apoya en algunos pasajes de su obra (*cfr. Hart, H. L. A., Book Review* a la obra de Lon L. Fuller, "The Morality of Law"; *Harvard Law Review*, vol. 78, núm. 6, abril, 1965, pp. 1281-1296; *cfr. pp. 1281-1292*). Esta interpretación, sin embargo, entra en conflicto con otros aspectos de su teoría y no representa la actual opinión de Hart. Es verdad que todas las reglas primarias son normas que imponen deberes; pero no todas las reglas secundarias son reglas que confieren facultades: la regla de reconocimiento es una excepción. Las reglas de cambio, de decisión (judicial) y la regla de reconocimiento son llamadas secundarias en virtud de que presuponen la existencia de reglas primarias, mientras que las reglas primarias pueden existir sin reglas secundarias, aunque no como un sistema jurídico. Esto es una explicación de la terminología y no un criterio para determinar qué reglas son primarias y qué reglas secundarias. Esto se determina por la función social que realizan —si son reglas de cambio, de decisión judicial o regla de reconocimiento— y no por su carácter normativo.

La regla de reconocimiento impone a los órganos jurídico-aplicadores la obligación de reconocer y aplicar todas las disposiciones jurídicas y sólo aquellas que satisfagan los criterios de validez señalados en la regla de reconocimiento cuyos criterios incluyen la indicación de cómo serán resueltos los conflictos entre disposiciones jurídicas.²⁵ En los ejemplos de Hart pareciera que, aunque él piensa que los criterios de validez se refieren comúnmente al modo en que las disposiciones jurídicas se originan, éste no es siempre el caso.²⁶

El criterio teórico-jurídico de identidad que implica esta teoría es: el sistema jurídico consiste en una regla de reconocimiento y en todas las disposiciones jurídicas que deban ser aplicadas de conformidad con ella. Cuando los tribunales aplican una regla que no estaban obligados a aplicar, la pueden convertir en disposición jurídica del sistema jurídico (si existe en él una regla de precedente [*stare decesis*] que obligue a todos los tribunales a aplicarla en lo sucesivo), pero, entonces, los tribunales no aplican una disposición jurídica existente; la regla no era parte del sistema jurídico antes de su aplicación.

La regla de reconocimiento de Hart es objeto de críticas en ciertos aspectos y requiere alguna aclaración. Se debe recordar que las distinciones conceptuales claras no implican la existencia de casos claros de sus conceptos. Por tanto, la ausencia de estos casos no debe desanimarnos en nuestro esfuerzo por formular distinciones conceptuales precisas. Probablemente los tribunales, en la mayoría de los casos que conocen, ni meramente aplican una disposición jurídica existente ni meramente originan una nueva. Ellos pueden estar realizando un poco ambas cosas. Sin embargo, esto no disminuye la ventaja de que una precisa distinción entre la aplicación de una disposición jurídica existente y la creación de una nueva, clarifica el fenómeno jurídico.

La aplicación de la regla de reconocimiento a casos concretos puede verse rodeada de problemas similares. Hart subraya que la regla de reconocimiento, como cualquier otra regla, es de textura

²⁵ La forma lógica de una regla de reconocimiento es: todos los órganos jurídico-aplicadores tienen el deber de aplicar todas las disposiciones jurídicas y sólo las que satisfagan los siguientes criterios...

²⁶ Cfr. *The Concept of Law*, cit., pp. 92, 94, 97 y 98 (*El concepto del derecho*, cit. pp. 117-118, 118-120, 125 y 126-127).

abierta y vaga hasta cierto punto; puede ser también incompleta²⁷ y no tener una aceptada respuesta para ciertos problemas, tales como la validez de las normas del derecho internacional público dentro del derecho nacional, etcétera. La existencia de una regla de reconocimiento no implica que todos los problemas jurídicos, cuya solución puede depender de la naturaleza de los criterios de validez, como los anteriormente mencionados, hayan encontrado solución en el sistema. Mientras la regla de reconocimiento sea incompleta algunos de estos problemas quedarán sin respuesta, pero cuando los tribunales conocen de estos problemas y adoptan cierta solución, entonces modifican la regla de reconocimiento. Esto no debe sorprender a nadie. La regla de reconocimiento siendo consuetudinaria está constantemente abierta al cambio.

Afirmar que en todo sistema jurídico existe una regla de reconocimiento, no implica dar una explicación sistemática y razonable de los límites de un sistema jurídico basado en soluciones, aceptadas o propuestas, para toda la diversidad de problemas jurídicos como los mencionados. Sin embargo, cualquier intento de articular los detalles de los criterios de validez incorporados en una regla de reconocimiento de cualquier sistema jurídico significa embarcarse en esta empresa. Tratar de formular criterios de validez basados en las prácticas complejas de los tribunales las cuales cambian constantemente, que son por fuerza vagas y ciertamente casi incompletas, supone no sólo sensibilidad jurídica y conocimiento teórico sino, además, sano juicio y razonables decisiones valorativas. La teoría de Hart conduce a donde la frontera entre teoría jurídica analítica y teoría jurídica crítica, es decir, donde la distinción entre teoría general y teoría particular del derecho, comienza a obscurecerse. Sin embargo, Hart mismo no la atraviesa, más bien prevé los instrumentos conceptuales para tratar con problemas particulares y críticos, pero no trata esos problemas.

No hay razón para suponer que la regla de reconocimiento se refiere a todos los criterios de validez de un sistema jurídico; es obviamente erróneo pensar que la regla de reconocimiento los determina todos. Un criterio de validez es un conjunto de condiciones establecidas por el derecho y cuya satisfacción es suficiente para ser una disposición jurídica del sistema jurídico. Todas las disposiciones jurídicas del sistema jurídico, con excepción de la re-

²⁷ Cfr. *The Concept of Law*, cit., pp. 144-150 (*El concepto del derecho*, cit., pp. 183-191).

gla de reconocimiento, cuya existencia es una cuestión de práctica social, son válidas; ellas existen porque satisfacen algún criterio de validez. Además de la regla de reconocimiento muchas disposiciones jurídicas pueden, también, establecer criterios de validez. Por ejemplo, todas las disposiciones jurídicas que confieren facultades legislativas determinan criterios de validez, así como la disposición jurídica que estipula las condiciones que debe llenar una costumbre para ser jurídicamente obligatoria.²⁸

Que la regla de reconocimiento establece algunos criterios de validez es indiscutible. En cada sistema tiene que haber algunos criterios que, aunque jurídicamente obligatorios, no son jurídicamente válidos; de ahí que tienen que ser establecidos en la regla de reconocimiento. Sin embargo, no hay razón para pensar que todos los criterios de validez tengan que ser establecidos en la regla de reconocimiento. El hecho de que todos los criterios de validez se encuentren determinados en disposiciones jurídicas que, directa e indirectamente, son válidas de conformidad al criterio determinado en la regla de reconocimiento, garantiza que ésta, al imponer el deber de aplicar las disposiciones jurídicas que satisfacen sus criterios de validez, imponga el deber de aplicar todas las normas del sistema.

Aún más, no hay razón para suponer que todo sistema jurídico tenga sólo una regla de reconocimiento. Puede tener más. Imaginemos un sistema jurídico en el cual no existe disposición jurídica válida que haga de la costumbre o del precedente fuente del derecho, pero donde, no obstante, tanto la costumbre como el precedente son fuentes del derecho. De éste se infiere que el criterio de validez de las disposiciones jurídicas creadas mediante la costumbre o el precedente es determinado por reglas de reconocimiento que imponen a los tribunales la obligación de aplicar tales disposiciones jurídicas. Pero no debemos asumir que haya sólo una regla de reconocimiento sino más bien dos —una relacionada con

²⁸ Puesto que es condición para ser disposición jurídica del sistema jurídico que los tribunales deban aplicarla, entonces se infiere que los criterios de validez son condiciones establecidas para el deber de los tribunales de aplicar disposiciones jurídicas. Por tanto, si los tribunales tienen el deber de aplicar las disposiciones jurídicas debidamente promulgadas entonces las disposiciones jurídicas que confieren facultades legislativas establecen criterios de validez. No son, sin embargo, las únicas disposiciones jurídicas de este tipo que lo hacen; la regla de reconocimiento es, justamente, un ejemplo de disposición jurídica que establece criterios de validez que no es una disposición jurídica que confiere facultades.

cada fuente del derecho— simplemente porque el sistema tiene que contener medios para resolver los conflictos entre disposiciones jurídicas de diversas fuentes.²⁹ Primero, la regla de reconocimiento, como hemos resaltado anteriormente, aun si es sólo una, puede ser incompleta lo cual significa que el sistema puede carecer de medios de resolución de conflictos. Quizás el problema nunca ha surgido y no se ha dado una solución que sea generalmente aceptada. Segundo, puede haber dos o más reglas de reconocimiento que provean métodos de resolución de conflictos. Por ejemplo, la regla que impone la obligación de aplicar ciertas costumbres puede indicar que es suprema, mientras que la regla relacionada con el precedente, puede indicar que es subordinada.³⁰

En la mayoría de los sistemas jurídicos los tribunales tienen facultad de decidir, por lo menos, algunos conflictos para los cuales no existe una clara solución en las disposiciones jurídicas del sistema jurídico. Los tribunales tienen el deber de aplicar las disposiciones jurídicas del sistema cuando éstas son aplicables y obrar discrecionalmente para resolver conflictos que (parcialmente) no se encuentran regulados —conflictos para los cuales las disposiciones jurídicas no prevén una clara solución o en los que los tribunales tienen el poder de cambiar el derecho—. A través del precedente obligatorio, el uso de la facultad discrecional, frecuentemente conduce a la creación de nuevas disposiciones jurídicas. La facultad discrecional del tribunal, para resolver conflictos no previstos, puede ser absoluta o guiada. Una disposición jurídica puede señalar la manera en que esta facultad debe ser ejercida. Una disposición jurídica puede, por ejemplo, indicar a los jueces aplicar la disposición jurídica que consideren mejor para tales casos, pronunciar una decisión que pueda ser la mejor desde el punto de vista de las partes o, bien, puede permitir a los jueces consultar su conciencia o las obras de los moralistas.

Estas instrucciones pueden ser dadas en una ley, pero pueden existir, también, sólo en la práctica de los tribunales. Muy frecuentemente no son precedentes ordinarios, y en vez de ello, pueden derivar su fuerza de la continua práctica de los tribunales.

²⁹ No es claro si Hart usa este argumento. (Cfr. *The Concept of Law*, cit., pp. 92-93 [*El concepto del derecho*, cit., pp. 117-118]).

³⁰ El hecho de que un conjunto de reglas de reconocimiento sean mantenidas por la práctica de los mismos órganos jurídico-aplicadores, indica que todas ellas son partes de un mismo sistema jurídico.

Cuando esto sucede el sistema jurídico contiene dos tipos de disposiciones jurídicas últimas: aquellas que señalan a los tribunales qué disposiciones jurídicas aplicar y aquellas que guían la facultad discrecional del tribunal en la resolución de controversias que (parcialmente) no están reguladas. Las disposiciones jurídicas del primer tipo son reglas de reconocimiento, las del segundo tipo son reglas últimas de discrecionalidad. Ambas imponen deberes a los tribunales, pero las reglas de reconocimiento obligan a los tribunales a aplicar ciertas disposiciones jurídicas sin dejarle ninguna oportunidad de escoger qué normas aplicar. Por el contrario, las reglas de discrecionalidad, sean últimas o no, meramente guían la facultad discrecional de los tribunales al escoger la disposición jurídica que se va a adoptar y a aplicar. Ellas limitan la libertad de escoger, pero no privan de ella a los tribunales.

Las reglas de reconocimiento son así desprovistas de su unicidad. Ellas continúan siendo las únicas normas que necesariamente existen en todo sistema jurídico; pero ellas no son las únicas disposiciones jurídicas últimas que pueden existir en un sistema jurídico. Aún más, la distinción entre aplicación de una disposición jurídica existente y la aplicación de una nueva es una diferencia de grado más que de clase. Este hecho, aunado a la circunstancia de que en la práctica es frecuentemente difícil decidir si en un caso particular se crea una disposición jurídica nueva o se aplica una anterior, no significa, empero, que la distinción no pueda ser trazada o que no sea importante.

Todos los sistemas jurídicos descansan en sus disposiciones jurídicas últimas las cuales, comúnmente, se entienden como un conjunto de reglas últimas de reconocimiento y discrecionalidad. Las primeras prevén los criterios últimos de validez del sistema jurídico, éstas guían a los tribunales en el ejercicio de sus facultades para modificar el sistema jurídico cuando resuelven casos no previstos creando precedentes para el futuro. La diferencia podrá ser de grado, pero es indispensable para la formulación de los criterios de identidad.³¹

³¹ En el siguiente capítulo: *La naturaleza institucional del derecho*, así como en el capítulo x: *Derecho y valores en la decisión judicial*, el criterio que distingue entre crear y aplicar derecho es perfeccionado con objeto de explicar cómo es que un tribunal se encuentra bajo la obligación de aplicar una disposición jurídica que puede, bajo ciertas condiciones, modificar.

iii. *La relación entre derecho y Estado.* Si la teoría de la regla de reconocimiento es substancialmente correcta, como pienso que lo es, entonces forma parte de la respuesta al problema de la identidad. Aunque establece las condiciones necesarias de membresía a un sistema jurídico, no proporciona todas las condiciones suficientes. Nada es parte de un sistema jurídico salvo que sea una regla de reconocimiento del sistema jurídico o una disposición jurídica que los tribunales deben reconocer y aplicar. Ser regla de reconocimiento es suficiente para ser considerada como una disposición jurídica del sistema; pero para ser considerada una disposición jurídica que los tribunales están obligados a aplicar, no. Muy frecuentemente los tribunales tienen la obligación de aplicar, por ejemplo, disposiciones jurídicas de otros sistemas jurídicos, normas de asociaciones privadas, y así otras, aunque éstas no sean y no lleguen a ser parte del sistema jurídico. Por tanto, la regla de reconocimiento no da una respuesta completa al problema del alcance o extensión (*scope*) de un sistema jurídico —el problema de la identidad de los sistemas jurídicos momentáneos.³²

La regla de reconocimiento tampoco resuelve el problema de la continuidad de los sistemas jurídicos. Que un sistema jurídico se acabe y que otro tome su lugar se manifiesta en un cambio de regla de reconocimiento, puesto que cada sistema jurídico tiene una diferente regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento es, sin embargo, consuetudinaria y, por tanto, en constante proceso de cambio. ¿Qué cambios son compatibles con la existencia continuada de la misma regla? ¿Qué cambios obligan a admitir que una nueva regla ha reemplazado a la anterior?³³

Es fácil dar ejemplos de cada situación, así como de casos limítrofes. Sin embargo, no son los casos limítrofes, siempre inevitables, los que perturban. El hecho que perturba es que la teoría de Hart no proporciona ninguna indicación por lo que toca a cómo establecer una distinción conceptual. Aún más perturbador es que esto no es una mera inadvertencia de parte de Hart, la

³² Hart ha llegado a percatarse de estos problemas. (Cfr. *Kelsen's Doctrine of the Unity of Law*, cit., pp. 195 y ss.) (*La doctrina kelseniana de la unidad del derecho*, cit.). El hecho de que un orden jurídico pueda tener más de una regla de reconocimiento es otra razón de la necesidad de revisar la doctrina de Hart sobre la identidad.

³³ Finniss, M. J., *Revolution and Continuity of Law*, en Simpson, A. W. B. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Second Series*. Oxford, Oxford University Press, 1978, pp. 44-76.

cual se pudiera fácilmente remediar. Hart no da una respuesta porque no se plantea el problema del cual la distinción es respuesta. La teoría de Hart proporciona substancialmente respuestas completas (estén correctas o no) para los problemas que le ocupan, tales como el papel de los tribunales en un sistema jurídico, la verdad en cuanto al escepticismo de las disposiciones jurídicas, la variedad de disposiciones jurídicas y su interrelación, la relación entre eficacia y existencia. Si la teoría de Hart no da una respuesta completa al problema de la identidad, es porque Hart pasa por alto no sólo parte de la respuesta sino toda una cuestión: la relación entre derecho y Estado.³⁴

La relación entre derecho y Estado afecta los dos diferentes aspectos —alcance o extensión (*scope*) y continuidad— del problema de la identidad. Todo Estado —entendiendo por tal una forma de sistema político y no una persona jurídica— tiene un sistema jurídico que constituye el derecho del Estado, y todo sistema jurídico nacional es el derecho de un Estado. Puesto que la identidad de los sistemas jurídicos está vinculada con la del Estado, cuyo derecho constituye, la relación entre derecho y Estado necesariamente afecta el aspecto del alcance o extensión del problema de la identidad. Así también, en virtud de que la desaparición de un Estado conlleva la desaparición de su sistema jurídico y puesto que una disposición jurídica que no es una disposición jurídica del Estado no es parte de su sistema jurídico, el aspecto de la continuidad es igualmente afectado por la relación entre Estado y derecho.

Dos puntos de vista diametralmente opuestos han sido sostenidos por los teóricos del derecho sobre la relación entre derecho y Estado, Kelsen sostiene que el concepto de Estado puede ser explicado únicamente en términos jurídicos.³⁵ Esto es, el concepto de sistema jurídico tiene que ser explicado primero: de él surge, naturalmente, la explicación del concepto de Estado; puesto que un Estado no es sino un orden jurídico nacional. Ningún hecho

³⁴ En muchos órdenes jurídicos el término "Estado", o sus equivalentes, es usado para designar una cierta persona jurídica que el derecho reconoce como teniendo ciertos deberes, ciertas facultades y que actúa a través de ciertos órganos. Este concepto jurídico de Estado debe ser claramente distinguido del concepto político de Estado como una forma de sistema político; sólo este último es relevante para el problema de la identidad.

³⁵ Cfr. Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, cit., pp. 181, 207 (cfr. id. *Teoría General del derecho y del Estado*, cit., pp. 215-245).

social, ninguna norma social que no sea relevante para la explicación del derecho tiene relevancia para la teoría del Estado. Por otro lado, Bentham y Austin sostienen que el derecho sólo puede ser explicado después de que alguna teoría del Estado se haya establecido. Es necesario, primeramente, definir el significado de "una sociedad política independiente" —esto es, el Estado—. En base a esta definición podrá ser definido el "derecho". Las definiciones de Bentham y Austin de "una sociedad política independiente" son puramente sociológicas, hacen uso de conceptos no jurídicos y esto vale para los conceptos de soberano y de súbdito que contienen.³⁶

Bentham y Austin llevan la mejor parte de esta controversia. Al carecer Kelsen del concepto de Estado como un sistema político, no puede tomarlo en cuenta para la identidad de un orden jurídico. Kelsen es llevado a basarse en la continuidad constitucional como único rasgo de identidad, pasando por alto el hecho de que nuevos Estados puedan ser creados y nuevos órdenes jurídicos establecidos sin que haya lugar a ningún rompimiento en la continuidad constitucional.³⁷ Una teoría del derecho debe estar basada, al menos parcialmente, en una teoría del Estado; negar esto ha sido uno de los más graves errores de Kelsen. Sin embargo, una teoría del Estado se encuentra basada parcialmente en una teoría del derecho —las dos se encuentran íntimamente relacionadas.

En virtud de que lo que me ocupa es la naturaleza del problema de la identidad más que su solución, entonces no hay razón de discutir el problema del Estado más allá de ciertas evidencias. Un Estado es la organización política de una sociedad, esto es, un sistema político que constituye un subsistema de un sistema social más amplio. El sistema social contiene, por supuesto, muchos otros subsistemas y el sistema político está en interacción con la mayor parte de ellos, si no es que con todos, así como con otros sistemas políticos. Estos sistemas, el social y el político, son sistemas normativos; en otras palabras: al menos, parte de los patrones de interrelaciones que constituyen estos sistemas es gobernado por normas.

³⁶ Cfr. Austin, J., "The Province of Jurisprudence Determined" en: *Lectures on Jurisprudence*, New York, 1970, pp. 192-215; Bentham, Jeremy, *A Fragment on Government*, Oxford, 1960 pp. 38-46.

³⁷ Una crítica detallada de la teoría kelseniana de la identidad de los órdenes jurídicos se encuentra en Raz, J., *The Concept of a Legal System*, cit., pp. 95-109.

El sistema jurídico es sólo parte de las normas que constituyen el sistema político; la mayoría de los sistemas políticos contienen cantidad de normas no jurídicas. Algunas de esas normas no jurídicas se aplican a una sociedad en general; de forma que por mucho que el sistema sea resentido y odiado, si éste es del todo viable, entonces se encuentra basado entre otras cosas, en ciertas normas de respeto para ciertas disposiciones jurídicas y ciertas autoridades por parte, al menos, de importantes sectores de la sociedad. Algunas normas políticas no jurídicas son más limitadas, de las cuales, las convenciones de la constitución, de las que habla Dicey, pueden servir como ejemplo.³⁸

De esto se sigue que puesto que la continuidad del sistema jurídico se encuentra vinculada a la continuidad del sistema político, entonces aquél es afectado por la suerte de las normas no jurídicas que se encuentren formando parte del sistema político. Sin embargo, enfatizar la importancia que tienen para la continuidad del sistema jurídico las normas no jurídicas del sistema político, no significa que ellas sean los únicos factores que afectan la continuidad. La esencia de mi afirmación es que cualquiera que sea la forma que adopte una explicación última sobre la continuidad³⁹ ésta tiene que estar basada, en virtud de la relación de derecho y Estado, en los dos puntos siguientes: primero, la continuidad depende de la interacción de las normas jurídicas y de las no jurídicas y de la extensión y forma de su cambio; segundo, que de entre las normas jurídicas existen algunas que son más relevantes que otras. Puesto que la continuidad de los órdenes jurídicos es fundamentalmente una función de la continuidad de los sistemas políticos, las disposiciones jurídicas de contenido político son más relevantes que otras; por ejemplo: los derechos constitucional y administrativo son más importantes que el derecho de los contratos o de la responsabilidad civil.

El aspecto del alcance o extensión de la identidad es similarmente afectado y puede ser dividido en cuatro subproblemas, primero: el de la línea que divide a las normas políticas que son parte del orden jurídico de las que no lo son; segundo: el de la

³⁸ Cf. Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, 10a, ed., the Macmillan Press Ltd., 1979.

³⁹ Puede estar basada en la concepción de que el cambio de un sistema jurídico es resultado de un corto e intenso período de cambio fundamental, o bien puede admitirse que éste resulta de una lenta y gradual transformación de un sistema jurídico a otro.

línea que divide a las normas jurídicas de las normas sociales del sistema social del cual el sistema político es un subsistema; tercero: el de la línea que divide al derecho de las normas de otros subsistemas de la misma sociedad; y cuarto: el de la línea que divide un sistema jurídico de las disposiciones jurídicas coexistentes de otros sistemas jurídicos.

El primero de estos subproblemas del problema del alcance o extensión puede ser resuelto insistiendo en que las disposiciones jurídicas de un sistema jurídico son las reglas últimas de sus tribunales o las disposiciones jurídicas que sus tribunales deben reconocer y aplicar. Aquellas normas políticas que no son prácticas de los tribunales, ni normas que los tribunales deban aplicar no son parte del derecho del Estado. Los otros tres subproblemas, aunque cada uno implique diferentes consideraciones, tienen esto en común: algunas veces los tribunales tienen obligación de aplicar normas porque pertenecen a estos otros sistemas (social o político). Los tribunales tienen que aplicar contratos privados, normas de asociaciones privadas dadas dentro del Estado, derecho de países extranjeros, y así, otros semejantes. Algunos teóricos entienden esto como una razón para considerar estas normas como parte del sistema jurídico. Bentham sostiene que todos los mandatos que son jurídicamente aplicables son normas del soberano.⁴⁰ Hart sostiene en el *Concepto del Derecho* que todas las reglas que los tribunales tienen el deber de aplicar son disposiciones jurídicas del sistema jurídico.

Como hemos indicado, el apoyo al poder del Estado es una característica definitoria del derecho nacional,⁴¹ pero no es el único. Otra característica del sistema estatal es de que una de sus principales funciones es mantener otras formas de agrupaciones sociales; de modo que es característica del derecho proteger y hacer cumplir los contratos, convenios, normas y costumbres de los particulares, sean personas físicas o morales. Obscurecer la distinción entre normas reconocidas como parte del derecho y normas que, aunque no siendo parte del derecho, son reconocidas y apli-

⁴⁰ Bentham, J., *Of Law in General*, ed. por H. L. A. Hart, Londres, The Athlone Press University of London, 1970, pp. 22 y ss.

⁴¹ Me he limitado a tratar sólo el derecho nacional. Otros tipos de sistemas jurídicos constituyen el derecho de otros tipos de organizaciones sociales, sean tribus, iglesias o comunidad internacional y guardan similares relaciones en esas comunidades.

cadadas en virtud de que es función del derecho sostener varias agrupaciones sociales, es no entender debidamente la naturaleza del Estado y sus relaciones con otros sistemas sociales.

Si se admite que no todas las normas que los tribunales deben aplicar son parte del derecho, ¿dónde debemos trazar la línea divisoria? Éste no es lugar para intentar una solución.⁴²

Deseo, sin embargo, concluir con una última indicación que concierne al problema. Que una norma sea identificada como aquella que los tribunales deben aplicar, por el hecho de que es una norma de cierta sociedad, asociación o Estado, no es indicación suficiente para saber si esa norma es parte del sistema jurídico. La recepción de la legislación es una técnica familiar, imaginemos una ley promulgada en un país que adopta, por vía de recepción, el código civil de otro. Ninguna otra distinción formal podrá trazar una línea divisoria razonable. Las razones para ejecutar la norma y la actitud de los órganos legislativos y de los tribunales para su aplicación son los factores determinantes. Las distinciones formales pueden darnos alguna indicación en lo que toca a la naturaleza de las razones para su aplicación, pero nunca son concluyentes.

El problema se vuelve, finalmente, una acumulación de evidencias que justifican la decisión sobre si una norma es aplicada en base a que es parte de la función del derecho mantener otros sistemas sociales o porque es parte del propio derecho.

⁴² A este respecto véase el siguiente capítulo.