LA IDENTIDAD DE LOS SISTEMAS JURIDICOS*

Por Joseph RAZ**

Las normas son parte de sistemas jurídicos; una norma es tal, sólo si es parte del derecho de los 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 normas como formando un sistema. 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 como completamente satisfactoria. Es más, el continuado debate resulta de la confusión que envuelve al problema; confusión debida a una considerable falta de claridad en el entendimiento del mismo.

En este artículo voy a tratar de aclarar la naturaleza del problema de la unidad de los órdenes jurídicos nacionales. Sin embargo, mi principal objetivo no es tanto resolver todas las cuestiones sino, más que nada, 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 las resoluciones de los tribunales, pero, en realidad, cualquier término puede aparecer en ellas; y, aunque ocasionalmente es usado en la abogacía, éste no tiene el carácter de término jurídico como '*floating charge*', '*fee simple*' o '*consideration*'.¹ Tampoco es concepto importante para la diaria administración del derecho como lo son los conceptos de contrato, propiedad, derecho, 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 o filosofía del derecho o de derecho comparado, pero no en libros sobre propiedad, responsabilidad o derechos de autor.

* Este artículo apareció bajo el título *The Identity of Legal Systems*, en "California Law Review", vol. 59, núm. 3, mayo de 1971, pp. 795-815, Copyright © 1971, California Law Review Inc., traducción permitida.

** Senior Research Fellow, Nuffield College, Oxford, M. Jur. 1964, Hebrew University, Jerusalem; Dr. Phil. 1967, Oxford. El autor agradece al profesor H. L. A. Hart las discusiones sobre los problemas de este artículo y los iluminadores comentarios sobre su primera versión.

¹ Como podrían ser en español los términos de 'posesión', 'hipoteca', 'capacidad', 'injuria', etcétera. [N.T.]

Por ello cuando el teórico del derecho trata de poner en claro la noción de sistema jurídico, no pretende definir con pulcritud el sentido en que este término es usado por los legisladores, los jueces o los abogados; antes 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 trate de proporcionar un concepto-patrón que pudiera ser usado en la solución de ciertos problemas jurídicos. 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 resolución de los problemas jurídicos dando un concepto preciso de identidad de un sistema jurídico? ¿A qué tipo de problemas jurídicos puede ser relevante tal concepto? y si esta no es su finalidad, ¿cuál es? Procurar una respuesta a estos interrogantes es el propósito primordial de este artículo.

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 depende del contenido de sus normas 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 institución. Por el contrario, buscamos los principios dominantes, la estructura institucional tradicional y la práctica que informan todo el sistema proporcionándole su carácter distintivo. Separar el problema de la unidad formal de la unidad material constituye lo que llamo el primer problema de la identidad de los sistemas jurídicos.

I. EL PROBLEMA AISLADO

La identidad del sistema se basa en el criterio o conjunto de criterios que determinan qué normas (*laws*)^{1 bis} pertenecen al sistema y qué normas no. Algunas de las respuestas dadas al problema de la identidad son perfectamente conocidas. Posiblemente las más conocidas son:

^{1 bis} El término '*laws*' es usado aquí como sinónimo de la expresión '*legal norm*' como lo demuestra el hecho de que en el mismo contexto J. Raz se refiera tanto a J. Austin —el cual habla de '*laws*' (cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. Hart, London 1954. pp. 10, 13, etc.) como de Kelsen —el cual entiende al orden jurídico como conjunto de normas: "*The legal order is a System of Norms*" (*General Theory of Law and State*, Harvard University Press 1949 or Russell & Russell, New York, 1961. p. 110; cfr. *The Pure Theory of Law*; University of California Press, Berkeley 1967. p. 31). Asimismo, J. Raz, en partes de su trabajo, usa el término

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

Una norma 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. En efecto, ellos no pensaron que la unidad de los sistemas depende del contenido o espíritu de sus leyes o de las tradiciones o prácticas de sus más importantes instituciones jurídicas. Por lo contrario, ellos pensaron formular un criterio que les permitiera determinar si dos normas 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 la unidad material del orden jurídico. En efecto, el investigador necesita conocer qué normas y qué instituciones forman el sistema, antes de que pueda indagar sus características distintivas. Ciertamente, el investigador no necesita una lista completa y precisa de las normas del sistema; es suficiente para sus propósitos poder identificar el grueso de las normas. Aunque, por otro lado, una investigación sobre la unidad material del sistema jurídico puede, inclusive, ayudar a solucionar ciertos casos límites sobre la identidad del sistema. En efecto, cuando otros indicadores no permiten dar una respuesta puede ser razonable decir que una norma es parte de un cierto sistema jurídico en la medida en que se parece enormemente, tanto en su espíritu como en su forma de aplicación, al resto de las normas del sistema, o bien resolver que, en virtud de que dicha norma es diametralmente opuesta a las características del sistema, no debe ser considerada como parte de él.

Al describir el problema de la identidad como la búsqueda de los criterios que determinan qué normas pertenecen al sistema jurídico, normalmente se presupone que la noción de norma es clara e incontrovertible. Pero, de hecho, ésto está lejos de ser el caso. El problema de la individuación² de las normas —la cuestión de saber qué es una norma

'laws' expresamente como sinónimo de 'legal norm' (cfr. *The Concept of a Legal System, An Introduction to the Theory of Legal Systems*. Clarendon Press, London 1970-1973 p. 75). Cuando J. Raz distingue entre 'laws' y 'legal norms' lo hace para señalar que no todas las 'laws', "unidades básicas en las que se divide el sistema jurídico" (*ibid*), dirigen la conducta de los hombres imponiendo deberes o confiriendo facultades —tal y como lo hacen las 'legal norms'— sino que existen 'laws' que sólo afectan la existencia o aplicación de las 'legal norms' (cfr. *ibid*. p. 165).

Para los efectos de la traducción hemos preferido la palabra norma en la medida en que ésta es habitualmente entendida en el lenguaje jurídico español como aquéllas partes que forman o componen el orden jurídico positivo, esto es, como las 'unidades básicas' de que habla J. Raz. [N.T.]

² Debe entenderse individuación no en el sentido de la creación de normas individuales (individualización) —aunque el problema de la estructura de la norma sea

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. 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 completa descripción 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 norma es una condición necesaria de su verdad. Un enunciado normativo es puro si, y sólo si la existencia de ciertas normas es suficiente para su verdad. El conjunto de todos los enunciados puros es llamado '*el conjunto total*' de ese sistema y cada conjunto de enunciados puros, que es lógicamente equivalente al conjunto total de un sistema, es una descripción completa de ese sistema. El problema de la identidad es la búsqueda de los criterios que permitan una descripción completa de cualquier sistema jurídico y es irrelevante si algún enunciado describe una norma completa o no. Por tanto, una teoría que se ocupe de la naturaleza y principios de la individuación de las normas 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 que permita determinar cuándo una descripción completa es una descripción verdadera —esto es, un método que permita determinar si el sistema jurídico descrito existe actualmente. Esta tarea debería ser claramente separada de la formulación de los criterios de identidad.³

El problema de la identidad tiene dos aspectos completamente diferentes: el aspecto que se refiere al alcance o extensión (*scope*) de un sistema jurídico y el aspecto que se refiere a 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

parte del problema de la individualización— cfr. J. Raz *op. cit.*, pp. 73-74, sino como la búsqueda de los criterios que sirvan para determinar las 'unidades básicas' (normas jurídicas completas) que constituyen el sistema jurídico. cf. J. Raz *op. cit.*, pp. 71-73; V. *ibid.* pp. 70-92 (N. T.)

³ Cf. J. Raz, *The Concept of a Legal System. Op. cit.*, pp. 49 y 70. *Legal Systems*. Oxford, Oxford University Press, 1970, pp. 49 y 70.

dejan de existir y son reemplazados por un sistema nuevo. Así, por ejemplo, ¿la revolución, el golpe de estado, o una declaración de independencia acaban con la existencia de un sistema jurídico señalando la necesidad de un nuevo sistema?

Un sistema jurídico momentáneo es un sistema jurídico dado 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 proporcionen un método que permita determinar si dos sistemas jurídicos momentáneos son parte de un mismo sistema jurídico continuo. Ahora bien, voy a mostrar que a cada uno de estos problemas se hacen consideraciones algo diferentes.

Estas explicaciones preliminares hacen patente que los problemas de identidad que aquí se consideran son problemas de la teoría del derecho (*Jurisprudence*), y cuya solución consiste en establecer el conjunto de criterios de identidad, los cuales, si tienen éxito, proporcionan métodos para determinar la identidad de todos los sistemas jurídicos nacionales. El problema, así concebido, resulta muy diferente de aquél 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 se pregunta qué debe hacer en relación con ese litigio. 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 debería hacer en relación con ese litigio. ¿Es ésta prueba de que el 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 teóricos del derecho cuando construyen teorías sobre la identidad de los sistemas jurídicos? Estos, parece, no tratan meramente de desentrañar el significado común y corriente de un término jurídico. ¿Cuál es, pues, su objetivo?

Una posible respuesta a esta pregunta es que este objetivo puede consistir en forjar un concepto que ayude a los tribunales y a las demás personas a encontrar soluciones para ciertos problemas jurídicos. En un sentido, esto es una verdad trivial, propia de todos los problemas de la teoría del derecho. En efecto, la teoría del derecho procura, de una u otra manera, aumentar nuestro entendimiento del derecho, al menos indirectamente. Ahora bien, un aumento en el entendimiento del derecho permite el manejo del mismo, ayudando a los abogados. Sin embargo, el problema planteado no debe ser tomado en este sentido; por lo contrario, nuestra 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 (razonable) de hecho sí. Muchos sistemas jurídicos contienen normas que disponen que una norma general —una ley— es válida si es publicada en la forma especificada por el derecho. Todas estas estipulaciones pueden originar conflictos sobre la siguiente cuestión: ¿cierta norma es parte del sistema o no? ¿Debería la defensa probar la norma como un hecho? o, ¿es la norma parte de un sistema jurídico? Existen otras doctrinas que pueden también, llevar las cuestiones del alcance o extensión de los sistemas jurídicos ante 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 éste ocurrió? 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 del caso, lo que interesa; su grado de dificultad es irrelevante. Sin embargo, 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.⁴ 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 justificar la decisión es la mejor indicación de ello. Además de que estos fallos pueden dar lugar a diferentes interpretaciones.

⁴ Los Tribunales pueden decidir, por ejemplo, que una cierta norma es parte del sistema y, por tanto, válida, basando su decisión en el hecho de considerar que la publicación debería ser redactada de manera a incluir, excepcionalmente, las normas de este tipo.

Podría sugerirse al teórico del derecho que cuando tratara con problemas de la identidad buscara ayudar a la formulación de una respuesta sistemática para los problemas jurídicos de este tipo. Deberían tomar en cuenta las soluciones existentes. Deberían considerar, por ejemplo, que si 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 esto una clara indicación de que el derecho extranjero no es parte del sistema jurídico bajo el cual los tribunales operan. El teórico del derecho debería 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 descubrir 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 no conduzca a un criterio unificado de identidad. Aun más, el teórico no puede afirmar que las condiciones encontradas 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 los casos nuevos. 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 eminentemente crítica. El teórico no puede simplemente enumerar los criterios jurídicos sino penetrar en sus justificaciones para, en base en ello, realizar una sana generalización

que ayude a solucionar razonablemente los casos difíciles, así como los casos nuevos.

Probablemente este particular propósito de la doctrina de la identidad haya hecho que ninguno de los grandes jusfilósofos positivistas interesados en problemas de la identidad considere sus investigaciones como tendientes a perseguir este propósito. El positivismo jurídico concibe el problema de la identidad como un problema descriptivo de la teoría general del derecho. La mayor parte de los jusfilósofos quieren encontrar los criterios para identificar las normas 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 norteamericanos, 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 jurídica.

II. 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 jurídica analítica:

- Primero: la relación entre la existencia de una norma y su eficacia.
- Segundo: la distinción entre la creación de una nueva norma y la aplicación de una existente.
- Tercera: la relación entre derecho y Estado.

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

A. *La Relación de Existencia y Eficacia de las Normas*

La relación entre existencia y eficacia de las normas es una de las cuestiones fundamentales que se refieren a la naturaleza del derecho. Este problema atañe a las condiciones de existencia de las normas, pero como las normas existen sólo en sistemas jurídicos, preguntar si una norma existe, equivale a preguntar si esta norma 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 norma creada de manera apropiada existe y es válida; su eficacia o ineficacia no afecta su existencia ni su validez, salvo que otra norma del sistema haga de la eficacia condición de la continua existencia de las normas. Diametralmente opuesta a esta postura se encuentra la que sostiene que una norma existe porque en lo general es socialmente aceptada y seguida (obedecida). Las costumbres son normas aun cuando no se encuentran legisladas mientras que una norma 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.⁵

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

Para crear normas no basta la actividad de los órganos legislativos, es necesario, además su obediencia (*law-abiding*): Una ley deja de contener una norma (salvo en sentido formal...) en la medida en que es largamente desobedecida.⁶

Hay algo de verdad en ambos puntos de vista. Las normas guían el comportamiento humano, ayudan a las personas a planear y a decidir el curso de su conducta, y suministrar estándares para valorar tanto las acciones pasadas como las simplemente planeadas. Una norma 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, puesto que su completa ineficacia la ha privado de la característica esencial de una norma. Por otro lado, no sólo los parlamentos modifican frecuentemente el derecho en respuesta a una práctica social, a la opinión preponderante o

⁵ Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Viena, Verlag Franz Deuticke, 1960, p. 10; idem, *The Pure Theory of Law*, Berkeley, Cal., Berkeley University Press, 1970, p. 11; idem, *Théorie Pure du Droit*, París, Dalloz, 1962, pp. 14-15.

⁶ H. Laswell and Kaplan, *Power and Society*, 1950, p. 75.

a la costumbre; ciertas prácticas sociales que no fueron adoptadas por el órgano legislativo tienen las características de las normas —guían el comportamiento humano 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 normas como las prácticas sociales guían el comportamiento humano, no existe razón para confundirlas. El concepto de 'norma' (*a law*) ha sido tradicionalmente para referirse a aquellas reglas (*norms*) que, conformes o no con las prácticas sociales, tienen la característica de ser parte de un sistema de normas el cual se presenta unificado por su relación con las instituciones jurídicas. Las prácticas sociales difieren de las normas porque aquéllas no se encuentran institucionalizadas.

El argumento de que las normas son tales, en virtud de que son establecidas por instituciones jurídicas aclara esta concepción de la norma, concepción que atiende, principalmente, a 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 normas. Afirmar otra cosa sería confundir la norma jurídica con las costumbres sociales y olvidar la característica básica del derecho —que es siempre creado por instituciones. Indudablemente existe una relación entre las normas jurídicas y las prácticas sociales; sin embargo es sólo una relación causal. En efecto, en el establecimiento de nuevas normas, tanto los órganos legislativos como los tribunales pueden ser influenciados por las costumbres y prácticas preponderantes; aunque, también, la existencia de las normas puede 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 las dos. Esta solución pone énfasis en las instituciones que aplican el derecho y en el reconocimiento que hacen los órganos aplicadores; reconocimiento que se convierte en condición necesaria de la existencia de las normas. Esta vez se hace de la naturaleza institucionalizada de las normas jurídicas una parte indispensable de los criterios de identidad: una norma es parte del sistema 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 solución puede ser justificada por tres diversas razones. Primera: porque aunque las instituciones jurídico creadoras tienen gran impor-

tancia en las sociedades modernas donde el derecho es concebido como el resultado de decisiones humanas deliberadas —como debiera ser en cualquier sociedad—, en realidad juegan un papel menor e, incluso, no existen en las sociedades primitivas donde las normas son consideradas inmutables y donde, de hecho, cambian principalmente mediante el desarrollo de lentas costumbres. Las instituciones jurídico-aplicadoras son, por el contrario, una 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 jurídico-creadoras y los procedimientos 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 conducirnos a los criterios de identidad del sistema.

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, como el conjunto de instituciones jurídicas en su totalidad. Cuando la acción de los órganos jurídicos-creadores y la de los órganos jurídicos-aplicadores entran en conflicto, la acción de estos últimos es la que cuenta en los súbditos: el derecho guía el comportamiento estableciendo consecuencias que, en última instancia, serán ejecutadas por los órganos jurídicos-aplicadores.⁷

Esta tercera razón también mantiene 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-aplicadores. Si por ejemplo, los tribunales dejan de aplicar continuamente una ley (norma general), 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 (statue) 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 este esquema la existencia de la norma jurídica está, pues, lógicamente relacionada con la práctica de los órganos jurídico-aplicadores. La condición de membrecía de una norma a un sistema jurídico es, sin embargo, un hecho controvertido (*counter-factual*): por un lado, si los tribunales son instados con un caso apropiado, éstos podrán aplicar la norma. Esto es verdad (es decir, esta situación subsiste) aun suponiendo que los tribunales nunca —o muy raramente— conozcan de tales casos. Pero, por otro lado, tenemos que tanto casos penales como asuntos civiles son frecuentemente saldados al margen de los tribuna-

⁷ V. J. Raz, *Op. cit.*, pp. 191-192 y 201-202.

les y en contra del derecho. Por tanto, una norma puede ser válida aunque sea largamente ineficaz.

Estas indicaciones no adelantan ninguna solución al problema de la relación entre la eficacia y la existencia de las normas. Más bien, delinean un planteamiento del problema determinando un cierto tipo de solución posible.⁸ Un gran número de autores —entre ellos Holland, Gray, Salmond, Holmes, Llewellyn y Hart— escogieron su propio planteamiento 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 nadie 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 artículo 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 sobre la identidad de este tipo. Estas dos afirmaciones son, primera: sostener que una norma es parte de un sistema sólo si es aplicada por los órganos jurídico-aplicadores, no quiere decir que estos órganos creen el derecho. Ellas deben ser, y en la mayoría de los casos son, meros reconocimientos y aplicaciones de normas previamente creadas por la legislación, el precedente o la costumbre. Segunda: afirmar que una norma es parte de un sistema sólo si es reconocido por los tribunales, no significa que las normas 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 evolución de ciertas razones para varias alternativas. Aun 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 normas en virtud de las cuales éstos funcionan. Por tanto, las normas son, por sí, normativas; guían el comportamiento de los tribunales así como

⁸ 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 jurídicos aplicadores? En el texto algunas veces me he referido a tribunales y otras veces a órganos; sin embargo, no quisiera expresar aquí ninguna opinión al respecto.

el de los particulares. Ciertamente su existencia se basa, en última instancia, en prácticas, pero esto es común a todas las normas positivas y no disminuye su normatividad.

B. La Distinción entre crear una nueva norma y aplicar una existente

Afirmar que una norma es parte de un sistema jurídico sólo si así es reconocida por los órganos jurídico-aplicadores —tribunales— únicamente significa que dicha norma habría sido aplicada por los tribunales que hubieran sido instados con el caso apropiado. Que un tribunal aplique una norma cuando se enfrenta con el caso apropiado, es una indicación de que o bien la norma existe en el sistema jurídico respectivo, o la norma 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 (o suficiente) de identidad en virtud de que estos órganos frecuentemente están facultados a crear normas nuevas y, a menudo también, las normas que estos órganos van a crear pueden ser determinadas con anterioridad. Como primer paso para completar el criterio⁹ se tiene que incorporar la referencia al hecho de que la norma no puede sólo ser reconocida por los tribunales sino que podría ser reconocida como una norma previamente existente. No es una nueva norma la que crean los tribunales cuando se enfrentan con un caso apropiado. Por esta razón la distinción entre la aplicación de una norma existente y la creación y aplicación de una nueva es la segunda cuestión que la teoría jurídica enfrenta en relación con el problema de la identidad. De entre los más 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 norma nueva y la aplicación de una previamente existente se reduce al hecho de la existencia o ausencia de un deber de aplicar la norma. Si, y sólo si el tribunal aplica una norma que tiene el deber de aplicar, entonces aplica una norma previamente existente; por el contrario, cuando el tribunal aplica una norma que no tiene el deber de aplicar, entonces no aplica una norma previamente existente.¹⁰

⁹ El hipotético reconocimiento de parte de los tribunales no es estrictamente hablando, una condición necesaria de la membresía de una norma en un sistema jurídico; una norma puede pertenecer a un sistema jurídico aún si los tribunales tienen el poder de cambiarla y aunque se sepa que ellos lo harán en su oportunidad. La relación precisa entre las prácticas de los tribunales y la identidad de los sistemas jurídicos es aclarado más adelante en la exposición de la teoría hartiana de la regla de reconocimiento. Véase el texto acompañado de las notas 9 a 28.

¹⁰ En tales casos el tribunal convierte su decisión en una norma del sistema si, y sólo si se origina; y como resultado de su reconocimiento un deber de aplicarla en otros casos; esto es, si el sistema contiene una norma que haga obligatorio el precedente.

Esto es una consecuencia de la teoría hartiana de la regla de reconocimiento. En todo sistema jurídico, sostiene Hart, hay necesariamente una regla de reconocimiento que identifica las normas del sistema.¹¹

El criterio de identidad del sistema puede ser formulado como sigue: El sistema jurídico consiste en una regla de reconocimiento y en todas las normas 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 libro¹² de ahí que se requiera de cierta interpretación, la cual se limitará a los efectos que la doctrina de Hart tiene sobre el problema de la identidad. La regla de reconocimiento es también central a la teoría hartiana de la existencia de los sistemas jurídicos.¹³

Una regla de reconocimiento es "la regla que identifica en forma definitiva las normas¹⁴ primarias de obligación".¹⁵ Aquí, como ocasionalmente en otro lado, Hart sostiene que su regla de reconocimiento identifica sólo normas 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 no sólo de las normas primarias. La regla de reconocimiento determina alguna o algunas características cuya posesión por cierta norma es una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una norma *del grupo*.¹⁶ Esto significa que la regla de reconocimiento de un sistema constituye su criterio de validez: "Decir que una cierta norma es válida, es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos por la regla de reconocimiento y, por tanto, que es norma del sistema".¹⁷ La regla de reconocimiento establece también los medios de resolución de conflictos entre normas.¹⁸ Esto es concebido por Hart como esencial en la función que realiza la regla de reconocimiento en la identificación de las normas de un sistema. Por ello es condición de validez de una norma no estar en conflicto con una norma superior.

¹¹ Cf. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1972, pp. 92-120; idem, *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 1963, versión española de la edición inglesa de 1961, de Genaro Garrió, pp. 117-153.

¹² *Op. ult. cit.* [N.T.]

¹³ Cf. *The Concept of Law*, *Op. cit.*, pp. 109-114; *El concepto del derecho*, *Op. cit.*, pp. 139-146. Este aspecto de la teoría de Hart no será considerada en la presente discusión.

¹⁴ Si bien Hart hace uso de la expresión 'rule', es decir 'regla' para referirse a las entidades que forman parte de un sistema, nosotros utilizaremos el de 'norma' por ser una expresión más arraigada en la teoría jurídica de habla española. [N.T.]

¹⁵ *The Concept of Law*, *Op. cit.*, p. 92; Cfr. *El concepto del derecho*, *Op. cit.*, p. 118. (El profesor Raz transcribe por error 'behaviour' en lugar de 'obligation' cfr. J. Raz, *The Identity of Legal System*, *Op. cit.*, p. 806.

¹⁶ *Ibid. Ibid.* (Enfatizando.)

¹⁷ *The Concept of Law*, *Op. Cit.*, p. 100; cf. pp. 102 y 106; *El Concepto del derecho*, *Op. cit.*, p. 129; cfr., pp. 131-132 y 135-136.

¹⁸ V. *The Concept of Law*, *Op. cit.*, pp. 92-93, 98 y 103; *El Concepto del Derecho*, *Op. cit.*, pp. 118, 126-127 y 132-133.

¿Cómo realiza su función la regla de reconocimiento? La regla de reconocimiento es única entre las normas del sistema.¹⁹ 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 normas que no contengan una regla de reconocimiento no constituyen un sistema jurídico.²⁰ Aún más, todas las normas existen y son parte del sistema 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".²¹ Un poco antes en su libro Hart da un detallado análisis de lo que significa que una norma exista como una cuestión de hecho —como una práctica social.²² Este análisis tiene el claro propósito de aplicarse a la regla de reconocimiento.

¿Qué práctica constituye 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".²³ En ocasiones, cuando hace referencia a la conducta de los particulares Hart atribuye especial importancia a la práctica de los tribunales.²⁴ Finalmente hemos dicho —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 sistema²⁵ a los cuales, presumiblemente, Hart considera como los órganos jurídicos-aplicadores.²⁶

Hart sostiene que las condiciones de existencia de las normas sociales, son las prácticas de aquellas personas a las cuales las normas son dirigidas. De esto se infiere que la regla de reconocimiento es dirigida a los funcionarios del sistema jurídico.²⁷

¹⁹ V. *The Concept of Law*, *Op. cit.*, p. 107; *El Concepto del Derecho*, *Op. cit.*, p. 137.

²⁰ Cf. *The Concept of Law*, *Op. cit.*, p. 93; *El Concepto del Derecho*, *Op. cit.*, pp. 118-119.

²¹ *The Concept of Law*, *Op. cit.*, pp. 107-108, cfr. p. 245; *El Concepto del Derecho*, *Op. cit.*, pp. 137-138 y 310-311.

²² Cf. *The Concept of Law*, *Op. cit.*, pp. 54-56; *El Concepto del Derecho*, p. 69-72. Para una mayor comprensión de la explicación hartiana de norma social, V. J. Raz *The Concept of Legal System*, *Op. cit.*, pp. 147 y ss.

²³ *The Concept of Law*, *Op. cit.*, p. 204; véase *id.* p. 98 y 106; *El concepto del derecho*, *Op. cit.*, pp. 133-134, 126 y 136.

²⁴ cf. *The Concept of Law*, *Op. cit.*, p. 105; *El concepto del derecho*, *Op. cit.*, pp. 134-135.

²⁵ cf. *The Concept of Law*, *Op. cit.*, pp. 110 y 113; *El concepto del derecho*, *Op. cit.*, pp. 140-141 y 144-145.

²⁶ Esta interpretación puede corroborarse en un posterior trabajo de Hart llamado *Kelsen's Doctrine of the Unity of Law*, en "Ethics and Social Justice"; una versión española se encuentra en el segundo volumen de este Homenaje bajo el título *La Teoría Kelseniana de la Unidad del Derecho*.

²⁷ En *El concepto del derecho* no existe un claro planteamiento de esta cuestión.

Aún más, la explicación de Hart de las normas sociales es básicamente una explicación de las normas que imponen deberes. El único otro tipo de normas que Hart reconoce son las normas que confieren facultades (power-conferring rules) pero no considera qué prácticas sociales constituyen una norma 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 normas de cambio o de adjudicación las cuales los facultan a crear nuevas normas y a resolver litigios. Afirmar que la regla de reconocimiento es una norma que confiere facultades es confundirla con las normas de cambio o con las normas de adjudicación.²⁸

La regla de reconocimiento impone a los órganos jurídico-aplicadores la obligación de reconocer y aplicar todas y únicamente las normas que satisfagan los criterios de validez señalados en la regla de reconocimiento, las cuales incluyen la indicación de cómo serán resueltos los conflictos de normas.²⁹ En los ejemplos de Hart pareciera que aunque él

Se dice frecuentemente que las reglas de reconocimientos son para ser aplicadas por los órganos (*officials*) y los particulares (cf. *The Concept of Law*, *Op. cit.* pp. 97, 98 y 104; *El concepto del derecho*, *Op. cit.*, pp. 125, 126, 127 y 133-134). Pero es bastante claro que la regla de reconocimiento está dirigida a los órganos (*officials*) y aplicada sólo a ellos. De esto se infiere que si todo sistema jurídico tiene una regla de reconocimiento, entonces tiene también órganos (*officials*) normas de cambio y de adjudicación que instituyen órganos con facultades jurídicas. (Sobre las normas de cambio y de adjudicación V. *The Concept of Law*, *Op. cit.*, pp. 93-96. *El concepto del derecho*, *Op. cit.*, pp. 119-123). Esta es la razón de que sostenga 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 (cf. *The Concept of Law*, *Op. cit.*, p. 93; *El concepto del derecho*, *Op. cit.*, pp. 118-119, véase además *Kelsen's Doctrine of the Unity of Law*, *Op. cit.*, p. 195; *La Teoría Kelseniana de la Unidad del Derecho*, en el segundo volumen de este Homenaje.

²⁸ Habitualmente se sostiene que por normas secundarias Hart entiende las normas que confieren facultades. Esta interpretación se apoya en algunos pasajes de la reseña que Hart hace a la obra de Lon L. Fuller *The Morality of Law* (cf. *Harvard Law Review*, vol. 78, núm. 6, abril, 1965, pp. 1281-1296 —V. pp. 1281 y 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 normas primarias son normas que imponen deberes; pero no todas las normas secundarias son normas que confieren facultades; la regla del reconocimiento es una excepción. Las normas de cambio, de adjudicación y la regla de reconocimiento son llamadas secundarias en virtud de que presuponen la existencia de normas primarias, mientras que las normas primarias pueden existir sin normas secundarias, aunque no como un sistema jurídico. Esto es una explicación de la terminología y no un criterio para determinar qué normas son primarias y qué normas secundarias. Esto se determina por la función social que realizan —si son normas de cambio, de adjudicación o regla de reconocimiento— y no por su carácter normativo.

²⁹ La forma lógica de una regla de reconocimiento es: todos los órganos jurídicos aplicadores tienen el deber de aplicar todas las normas y sólo las normas que satisfagan las siguientes criterios...

piensa que los criterios de validez se refieren comúnmente al modo de origen de las normas, éste no es siempre el caso.³⁰

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

La regla de reconocimiento de Hart es objeto de críticas en ciertos puntos y requiere alguna aclaración. Se debe, sin embargo recordar que las distinciones conceptuales claras no implican la existencia de ejemplos claros de sus conceptos. Por tanto, la ausencia de estos ejemplos 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 norma existente ni meramente originan una nueva. Ellos pueden estar realizando un poco ambas cosas. Sin embargo, esto no disminuye el acierto de una precisa distinción entre la aplicación de una norma existente y la creación de una nueva, en tanto que aclara los problemas jurídicos.

La aplicación de la regla de reconocimiento a casos concretos puede verse rodeada de problemas similares. Hart subraya que la regla de reconocimiento es amplia y hasta cierto punto vaga; puede ser también incompleta³¹ y por ello 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 más incompleta sea la regla de reconocimiento algunos de estos problemas quedarán sin respuesta, pero cuando los tribunales conozcan de estos problemas y adopten cierta solución, entonces modificarán 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 la tarea de dar una sistemática y razonable estimación de los límites de un sistema jurídico basado en soluciones, aceptadas o propuestas, para toda la multitud 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

³⁰ Cfr. *The Concept of Law*, Op. cit., pp. 92, 94, 97 y 98; *El concepto del derecho*, Op. cit., pp. 117-118, 119-120, 125 y 126-127.

³¹ Cfr. *The Concept of Law*, Op. cit., pp. 144-150; *El concepto del derecho*, Op. cit., pp. 183-191.

cualquier sistema jurídico significa embarcarse en esta tentativa. 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 de valor. La teoría de Hart lleva al punto donde la frontera entre teoría jurídica analítica y teoría jurídica crítica, es decir, entre teoría general y teoría particular del derecho, comienza a obscurecerse. Sin embargo, Hart mismo no atraviesa la frontera. Más bien, Hart provee los instrumentos conceptuales para tratar con problemas particulares y críticos (no analíticos); pero no trata esos problemas.

Pero no hay razón para suponer que la regla de reconocimiento se refiera a todos los criterios de validez de un sistema jurídico; es claramente erróneo pensar que la regla de reconocimiento los determine todos. Un criterio de validez es un conjunto de condiciones establecidas por el derecho y cuya satisfacción es suficiente para ser una norma del sistema. Todas las normas del sistema jurídico, con excepción de la regla 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 normas pueden también establecer criterios de validez. Por ejemplo, todas las normas que confieren facultades legislativas determinan criterios de validez, así como la norma que estipula las condiciones que debe llenar una costumbre para ser jurídicamente obligatoria.³²

Que la regla de reconocimiento establece algunos criterios de validez es indiscutible. De ahí que en cada sistema debe haber algunos criterios que, aunque jurídicamente obligatorios y no jurídicamente válidos, deben 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 normas que directa o indirectamente, son válidas de conformidad al criterio determinado en la regla de reconocimiento hace que ésta, al imponer el deber de aplicar las normas que satisfagan sus criterios de validez, imponga el deber de aplicar todas las normas del sistema.

Aun 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 norma válida que haga a la costum-

³² Puesto que es condición para ser norma del sistema que los tribunales tengan el deber de aplicarla, entonces se infiere que los criterios de validez son condiciones establecidas para el deber de los tribunales de aplicar normas. Ahora bien, si los tribunales tienen el deber de aplicar las normas debidamente sancionadas entonces las normas que confieren facultades legislativas establecen criterios de validez. No existe, sin embargo sólo este tipo de norma que así lo haga; la regla de reconocimiento es, justamente, un ejemplo de norma que establece criterios de validez sin conferir facultades.

bre o al precedente fuente del derecho, pero donde, no obstante, tanto la costumbre como el precedente son fuentes del derecho. De esto se infiere que el criterio de validez de las normas creadas mediante la costumbre o el precedente es determinado por reglas de reconocimiento que imponen a los tribunales la obligación de aplicar tales normas. Pero no debemos afirmar que haya sólo una regla de reconocimiento sino más bien dos —una relacionada con cada fuente del derecho— simplemente porque el sistema tiene que contener medios para resolver los conflictos entre normas de diversas fuentes.³³

Al respecto debemos destacar: primero, la regla de reconocimiento, como hemos resaltado anteriormente, aún si es sólo una, puede ser incompleta lo cual significa que el sistema no puede incluir ningún medio de resolución de conflictos. Quizás el problema nunca ha aparecido y no se ha dado 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.³⁴

En la mayor parte 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 normas del sistema. Los tribunales tienen el deber de aplicar las normas del sistema cuando éstas son regulares y obrar discrecionalmente para resolver (parcialmente) los conflictos que no se encuentran regulados —conflictos para los cuales las normas no proveen una clara solución o donde 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 normas. La facultad discrecional del tribunal, para resolver conflictos no previstos, puede ser absoluto o guiado. Una norma puede señalar la manera en que esta facultad debe ser ejercida. Una norma puede, por ejemplo, indicar a los jueces aplicar la norma que consideren mejor para tales casos, pronunciar una decisión que pueda ser la mejor desde el punto de vista de las partes del litigio 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, únicamente 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. Cuando esto sucede el sistema jurídico contiene dos tipos de normas últimas: aquellas que señalan a los tribunales qué normas aplicar y aquellas que regulan la

³³ Hart usa este argumento. Cf. Hart, H. L. A., reseña de la obra de Lon L. Fuller *The Morality of Law*, en *Harvard Law Review*, vol. 78, núm. 6 abril, 1965, p. 1293.

³⁴ El hecho de que un conjunto de normas de reconocimiento sean mantenidas por la práctica de los mismos órganos jurídico-aplicadores, indica que todas son partes de un sistema jurídico.

facultad discrecional del tribunal en la resolución (parcial) de conflictos no previstos. Las normas del primer tipo son normas de reconocimiento, las normas del segundo tipo son normas de discrecionalidad últimas; y ambas imponen deberes a los tribunales. Pero las reglas de reconocimiento obligan a los tribunales a aplicar ciertas normas sin dejarle ninguna oportunidad de escoger qué normas aplicar. Por el contrario, las normas de discrecionalidad, sean últimas o no, meramente guían la facultad discrecional de los tribunales al escoger la norma que se va a adoptar y a aplicar. Ellas limitan la libertad de escoger, pero no privan de ella a los tribunales.

Las normas de reconocimiento son así desprovistas de su unicidad. Ellas son aun las únicas normas que necesariamente existen en todo sistema jurídico; pero ellas no son las únicas normas últimas que pueden existir en un sistema. Por otra parte, la distinción entre aplicación de una norma existente y la aplicación de una nueva es una mera diferencia de grado. Este hecho, aunado a la circunstancia de que en la práctica es frecuentemente difícil decidir si en un caso particular se crea una nueva norma o se aplica una anterior, no significa, empero, que la distinción no pueda ser señalada o que no sea importante.

Todos los sistemas jurídicos descansan en sus normas últimas las cuales, comúnmente, se entienden como un conjunto de normas últimas de reconocimiento y discrecionalidad. Las primeras preveen los criterios últimos de validez del sistema, éstas guían a los tribunales en el ejercicio del poder de modificación del sistema 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 la identidad.³⁵

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. Pero si bien, ella establece las condiciones necesarias de membrecía a un sistema jurídico, no prevee todas las condiciones suficientes. Ninguna entidad es parte de un sistema jurídico si no es una regla de reconocimiento del sistema o una norma que los tribunales deben reconocer y aplicar. Muy frecuentemente los tribunales tienen la obligación de aplicar, por ejemplo, normas de otros sistemas jurídicos, normas de asociaciones privadas, y así otras, aunque estas normas 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.³⁵

³⁵ Hart ha llegado a percatarse de estos problemas, cf. *Kelsen's Doctrine of the Unity of Law*, *Op. cit.*, pp. 195 y ss.; *La doctrina kelseniana de la unidad del derecho*, en el segundo volumen de este Homenaje.

La regla de reconocimiento tampoco resuelve el problema de la continuidad de los sistemas jurídicos. El hecho de que un sistema jurídico se acabe y que otro tome su lugar manifiesta, en sí, un cambio de regla de reconocimiento; 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 continua existencia de la misma norma? ¿qué cambios obligan a admitir que una nueva regla ha reemplazado a la anterior?³⁶

Es fácil dar ejemplos de cada situación, así como de los casos límites. Sin embargo, no son los casos límites, 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 obtener una distinción conceptual de estos hechos. Aun más perturbador es que esto no es una mera inadvertencia de parte de Hart, la cual se pudiera fácilmente remediar; Hart no da una respuesta porque no se plantea el problema del cual la distinción conceptual es, justamente, una respuesta. La teoría de Hart proporciona respuestas substancialmente 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 normas, la variedad de normas 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.³⁷

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 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. Ahora bien, 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. Además, en virtud de que la desaparición de un Estado es la desaparición de su sistema jurídico y puesto que un derecho que no es derecho del Estado no es parte de su sistema jurídico, el aspecto de la continuidad del problema de la identidad es igualmente afectado por la relación entre Estado y derecho.

³⁶ Finnis, V. J., *Revolution and Continuity of Law* (en prensa).

³⁷ En muchos sistemas 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 del Estado debe ser claramente distinguido del concepto político del Estado como una forma de sistema político; sólo este último es relevante para el problema de la identidad.

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.³⁸ Esto es, el concepto de sistema jurídico tiene que ser explicado primero: de él surge, naturalmente, la explicación del concepto de Estado; un Estado es, pues, un sistema jurídico nacional. Ningún hecho 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 haber establecido alguna teoría del Estado. 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 aquéllas contienen.³⁹

Bentham y Austin llevan la mejor parte en esta confrontación. En la medida en que Kelsen carece del concepto de Estado como un sistema político, no puede tomarlo en cuenta para la identidad de un sistema jurídico. Kelsen es conducido 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 sistemas jurídicos establecidos sin que haya lugar a ningún rompimiento en la continuidad constitucional.⁴⁰ 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

³⁸ Cf. Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1945, reimpresión en 1949 por Russel and Russell, pp. 181-207; cf. *idem*. *Teoría general del derecho y del Estado*, versión española de Eduardo García Máynez, 3a. ed., México, UNAM, 1969, pp. 215-245.

³⁹ Cf. Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, en: *Lectures on Jurisprudence*, New York, 1970, pp. 192-215; Bentham, Jeremy, *A Fragment on Government*, 1960, pp. 38-46.

⁴⁰ Una crítica detallada de la teoría kelseniana de la identidad de los sistemas jurídicos se encuentra en, Raz, J., *The Concept of a Legal System*, *Op. cit.*, páginas 95-109.

de los patrones de interrelaciones que constituyen estos sistemas se encuentran regulados por normas.

El sistema jurídico es sólo parte de las normas que constituyen el sistema político; la mayor parte de los sistemas políticos contienen cantidad de normas no jurídicas. Algunas de esas normas no jurídicas se refieren a la 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 en el respeto a ciertas normas (*laws*) y a 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.⁴¹

De acuerdo con esto tenemos que en virtud de que la continuidad del sistema jurídico se encuentra vinculado a la continuidad del sistema político, entonces aquel es afectado por la suerte de las normas no jurídicas que se encuentren formando parte del sistema político. Sin embargo, enfatizar la importancia que tiene para el sistema jurídico las normas no jurídicas del sistema político, no significa que ellas sean los únicos factores que afectan la continuidad. El contenido de mi afirmación es que cualquiera que sea la posición última que se tome sobre la continuidad⁴² ésta tiene que estar basada, en vista 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. De modo que si la continuidad de los sistemas jurídicos es fundamentalmente una función de la continuidad de los sistemas políticos, las normas políticas son más relevantes que otras; por ejemplo: los derechos constitucionales y administrativos son más importantes que el derecho de los contratos o de la responsabilidad civil.

El aspecto del alcance o extensión (*scope*) 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 sistema jurídico de las que no lo son; segundo: el de la 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 al sistema jurídico de las normas coexistentes de otros sistemas jurídicos.

⁴¹ V. Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1965.

⁴² Esta posición puede estar basada en la concepción de que el cambio de un sistema es resultado de un corto e intenso periodo de cambio fundamental, o bien puede admitirse que éste resulta de una lenta y gradual transformación de un sistema a otro.

El primero de estos subproblemas puede ser resuelto insistiendo en que las normas de un sistema son las normas últimas de sus tribunales o las normas que sus tribunales deben reconocer y aplicar. Las 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 esos 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 todas las normas que son jurídicamente aplicables son normas del soberano.⁴³ Hart sostiene en el *Concepto del Derecho* que todas las normas que los tribunales tienen el deber de aplicar son normas del sistema.

Como hemos indicado, el apoyo dado al poder del Estado es una característica definitoria del derecho nacional,⁴⁴ 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 aplicadas en virtud de que es función del Estado 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? Este no es lugar de intentar una solución. Deseo, sin embargo, concluir con una última indicación que concierne al problema. Que una norma se identifique 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. 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 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 en su aplicación son los factores determinantes. Las distinciones formales pueden darnos alguna indicación en lo

⁴³ Bentham, Jeremy, *Of Laws in General*, ed. por H. L. A. Hart, Londres, The Athlone Press University of London, 1970, pp. 22 y ss.

⁴⁴ 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.

que toca a la naturaleza de las razones de aplicación, pero nunca son definitivas. El problema se vuelve, finalmente, una acumulación de evidencia que justifica 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, simplemente, es parte del propio derecho.

Traducción del original en inglés por Rolando TAMAYO Y SALMORAN, Investigador de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.