

## VIII

### LA IDENTIDAD DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

SUMARIO: 1. *La identidad de los sistemas jurídicos no momentáneos.* 2. *Identidad y membresía en sistemas jurídicos momentáneos.* 3. *Sobre la regla de reconocimiento.*  
a). *Nota sobre las disposiciones jurídicas y las disposiciones jurídicas de papel.*

#### 1. *La identidad de los sistemas jurídicos no momentáneos*

La explicación de la estructura de los sistemas jurídicos en los dos capítulos anteriores ha asumido que el contenido de un sistema jurídico dado es conocido y se ha examinado la forma apropiada para representarlo como un sistema de disposiciones jurídicas interrelacionado. Este capítulo se ocupa del criterio para determinar el contenido de los sistemas jurídicos, *i. e.* de los criterios de identidad de los sistemas jurídicos. La clave del problema de la estructura es el criterio que determina cual de las descripciones completas de un sistema jurídico es la descripción apropiada. El problema de identidad es el problema de encontrar un criterio que determine si un conjunto dado de enunciados normativos es una descripción completa de un sistema jurídico.

En correspondencia con la distinción entre un sistema jurídico y un sistema jurídico momentáneo, hay dos criterios de identidad —uno que especifica la manera por la cual debe ser establecida la identidad de los sistemas jurídicos; el otro, proporcionando el medio por el cual puede ser determinada la identidad de los sistemas jurídicos momentáneos.

Aparte de algunas pocas observaciones en esta sección, este capítulo se ocupa únicamente del problema de identidad de los sistemas momentáneos. La esencia del problema de identidad de los sistemas jurídicos (no momentáneos) lo constituye la cuestión de la continuidad, a saber: qué eventos interrumpen la existencia continuada de un sistema jurídico, producen su desaparición, y quizás, de estos resulte la creación de un nuevo sistema jurídico en su lugar. En otras palabras, el problema crucial es el de decidir si dos sistemas momentáneos pertenecen al mismo sistema jurídico.

En capítulos previos las soluciones a este problema, implicadas por las teorías tanto de Austin y Kelsen fueron consideradas y rechazadas. Ambas admiten que el hecho de que dos sistemas momentáneos contengan muchas disposiciones jurídicas idénticas en contenido no es prueba de que pertenezcan al mismo sistema jurídico. La solución de Austin implica que la identidad del legislador último de las disposiciones jurídicas de dos sistemas momentáneos es necesaria y suficiente para que estos pertenezcan a un solo sistema jurídico.

Kelsen evita algunas debilidades de esta postura; para él, el factor decisivo es la constitucionalidad de la creación de las disposiciones jurídicas de un sistema momentáneo en relación con el otro. De conformidad con su teoría, dos sistemas momentáneos *A* y *B* pertenecen al mismo sistema jurídico si, y sólo si, la creación de todas las disposiciones de *B* que no son idénticas a las disposiciones jurídicas de *A* fueron autorizadas por las disposiciones jurídicas de *A*. La creación de una disposición jurídica es autorizada por otra si los actos creadores de derecho que crean la primera corresponden al ejercicio de facultades legislativas conferidas por la segunda o por otra disposición cuya creación es autorizada por la segunda.

Si la creación de una disposición jurídica no está autorizada por una u otra disposición jurídica esta puede ser llamada una 'disposición jurídica originaria'. El criterio de Kelsen para la identidad de los sistemas jurídicos presupone que ningún sistema momentáneo contiene una disposición jurídica originaria que no pertenezca, también, al primer sistema momentáneo del mismo sistema jurídico. Pero ese presupuesto, como se ha argumentado en el inciso 4 del capítulo V, no se justifican. La continuidad de un sistema jurídico no es necesariamente interrumpido por la creación de nuevas disposiciones jurídicas originarias. Tampoco el hecho de que la creación de una disposición jurídica sea autorizada por una disposición jurídica que pertenece a cierto sistema jurídico es prueba suficiente de que la disposición jurídica autorizada pertenezca a ese sistema. A un país se le puede otorgar la independencia mediante una disposición jurídica de un otro país que autoriza todas las disposiciones jurídicas de aquél; sin embargo, sus disposiciones jurídicas forman un sistema jurídico separado.

La 'continuidad constitucional' de las disposiciones jurídicas es únicamente uno, y no el factor más importante para determinar si dos sistemas momentáneos pertenecen al mismo sistema jurídico. Otro factor lo constituye el contenido de la disposición jurídica no autorizada. La creación de una nueva disposición originaria interrumpe la continuidad de un sistema jurídico únicamente si es una disposición constitucional de gran importancia.

Sin embargo, ni la 'continuidad constitucional' de las nuevas disposiciones jurídicas ni su contenido son condiciones necesarias o suficientes para establecer la continuidad o la ausencia de continuidad de sistemas jurídicos. Los sistemas jurídicos son siempre sistemas jurídicos de formas complejas de vida social, tales como religiones, estados, regímenes, tribus, etcétera. Los sistemas jurídicos constituyen uno, pero únicamente uno, de los rasgos definitorios de éstas.

Cambios significativos e inconstitucionales del derecho pueden ser suficientemente importantes para establecer una alteración en la identidad de la entidad social de la cual el sistema jurídico es parte; pero otros factores tienen también que ser tomados en cuenta. La identidad de los sistemas jurídicos dependen de la identidad de las formas sociales a las cuales éstos pertenecen. El criterio de identidad de los sistemas jurídicos es, por tanto, determinado no únicamente por consideraciones teórico jurídicas o consideraciones jurídicas, sino también por otras consideraciones, consideraciones que pertenecen a otras ciencias sociales.

No deseando penetrar en otros campos, voy a limitarme, de aquí, en adelante al problema de la identidad de sistemas momentáneos. Sin embargo, no debe asumirse que los sistemas momentáneos pueden ser analizados independientemente de los sistemas jurídicos a los cuales éstos pertenecen. Resultará claro de los argumentos de este y del próximo capítulo que tanto la identidad como la existencia de los sistemas momentáneos puede ser determinado únicamente con referencia a otro sistema momentáneo del mismo sistema jurídico. Sin embargo, la solución de estos problemas no presuponen una habilidad para determinar los límites *precisos* de los sistemas jurídicos.

## 2. *Identidad y membresía en sistemas jurídicos momentáneos*

El criterio de identidad de los sistemas momentáneos puede ser formulado como sigue: Un conjunto de enunciados normativos es una descripción completa de un sistema jurídico momentáneo si, y sólo si (1) cada uno de los enunciados de éste conjunto describe el mismo sistema momentáneo (o parte de él) como todos los otros, y (2) todo enunciado normativo que describe el mismo sistema jurídico momentáneo (o parte de él) es implicado por este conjunto.

Esta formulación presupone un criterio de membresía de los sistemas momentáneos, *i.e.* un criterio para determinar si un enunciado normativo dado describe el mismo sistema momentáneo (o parte de él) como aquel

que es descrito por un conjunto dado de enunciados normativos. Es con el problema de la membresía en el sistema jurídico momentáneo del que se ocupa el resto de éste inciso.

La definición de 'descripción completa' de un sistema momentáneo<sup>1</sup> hace claro que, si un enunciado normativo es implicado por un conjunto de enunciados normativos, entonces describe el mismo sistema descrito por el conjunto. La dificultad en encontrar un criterio de membresía radica en descubrir una condición para un enunciado normativo dado que describe parcialmente el mismo sistema como un conjunto dado de enunciados normativos, aunque no sea implicada por él. Existen varios medios por los cuales uno puede tratar de abordar este problema. En los capítulos II y V hemos criticado dos soluciones intentadas las cuales se basan en el principio de origen, *i.e.* haciendo de los hechos creadores de las disposiciones jurídicas el único factor para determinar el sistema jurídico al cual pertenecen. Aquí intentaremos delinear un enfoque más prometedor, el cual, puede decirse, se basa en el principio del reconocimiento *autoritativo*.

Los defectos del criterio de membresía de Austin fueron rápidamente descubiertos por otros teóricos jurídicos. Algunos intentaron, sin mucho éxito, perfeccionar su criterio y se mantuvieron fieles al principio de origen. Otros abandonaron este principio por completo. Uno de ellos fue Holland, quien definió las disposiciones como "una regla general de acción humana externa hecha aplicar<sup>a</sup> por una autoridad política soberana".<sup>2</sup> Holland, contrariamente a Austin, piensa que no es la forma por la cual las disposiciones jurídicas son creadas sino la manera por la cual son aplicadas lo que determina su naturaleza como disposiciones jurídicas 'positivas' diferentes de la costumbre no jurídica, etcétera, y, por implicación, es lo que determina, también, a qué sistema jurídico pertenece una disposición jurídica.

Su definición, sin embargo, es deficiente en muchos aspectos. Entre estas deficiencias no es la menos el que acepte la teoría de la soberanía de Austin únicamente de forma ligeramente modificada en que asume que toda disposición jurídica, puede decirse con sentido, es hecha aplicar. Resulta claro de la explicación dada en los dos capítulos anteriores que: (a) No toda disposición jurídica la cual es una 'regla de comportamiento', *i.e.* una norma, puede ser hecha aplicar. Las disposiciones jurídicas que confieren facultades no pueden ser hechas aplicar. (d) Ninguna disposición jurídica que no es una norma puede ser hecha aplicar.

<sup>1</sup> *Cfr. supra*: inciso I, capítulo III.

<sup>a</sup> En el sentido de ser exigible (*enforced*).

<sup>2</sup> Holland, Thomas E. *The Elements of Jurisprudence*, Oxford, Oxiord University Press, 1906, (reimpreso en Londres, 1924).

Estas dos deficiencias son evitadas por la definición de disposición jurídica de Salmond. Salmond explica, mientras hay varias formas por las cuales las disposiciones jurídicas son creadas:

todo derecho, como quiera que sea creado, es reconocido y administrados por tribunales y ninguna regla es reconocida por los tribunales que no sea una regla del derecho. Por tanto, es a los tribunales, no a la legislatura, a quien hay que recurrir para determinar la verdadera naturaleza del derecho —consecuentemente Salmond define el derecho como sigue—: El derecho consiste en las reglas reconocidas y aplicadas por los tribunales de justicia.<sup>3</sup>

Contrariamente a la definición del derecho de Austin, la definición de Salmond no incluye una teoría embriónica<sup>b</sup> del sistema jurídico. El objetivo de Salmond es meramente señalar la diferencia entre el sistema jurídico y otras normas y otros sistemas normativos. Salmond, por tanto, asume la normatividad del derecho, se despreocupa de su naturaleza coactiva y fundamenta su definición en el hecho de que los sistemas jurídicos son institucionalizados. Esto es lo que los distingue de otros sistemas normativos. La naturaleza institucionalizada del derecho se manifiesta, según Salmond, en la existencia de tribunales y sus funciones, *i. e.* en ciertos órganos aplicadores del derecho. En esto difiere Salmond de Bentham, Austin y Kelsen, quienes se concentraron y subrayaron la importancia de los órganos creadores del derecho considerando sus modos particulares de creación de disposiciones jurídicas como unos de los rasgos distintivos de los sistemas jurídicos.

La afirmación principal de Salmond es correcta. No todo derecho es creado por órganos creadores del derecho y, aunque la importancia de la legislación como método creador de derecho es característico de los sistemas jurídicos modernos, no es característico de todo sistema jurídico, tampoco lo es ningún otro método creador del derecho. Por otro lado, puede decirse que todo sistema jurídico instituye órganos aplicadores del derecho que reconocen todo el derecho del sistema. Habiendo dicho esto, tenemos que admitir que hay muchos casos fronterizos. Algunos de estos casos serán mencionados más adelante. Pero los casos fronteri-

<sup>3</sup> Salmond, Guthrie William, *Salmond on Jurisprudence*, Glanville Williams (Ed.), Londres, Sweet and Maxwell, 1957, p. 41 (existe edición posterior al cuidado de P. J. Fitzgerald: Londres, Sweet and Maxwell, 1975. NT).

<sup>b</sup> Para una detallada explicación del concepto de órgano primario véase el capítulo "The Institutional Nature of Law" en el libro de Joseph Raz: *The Authority of Law. Essays on Law and Morals cit.*, pp. 103-121. (Cfr. *La autoridad del derecho, cit.*, pp. 135-155). NT.

zos son inevitable en problemas de este tipo y su existencia, por sí mismo, no disminuye el valor de los enunciados generales sobre el tema, aunque estos no deben ser interpretados muy dogmáticamente.

La importancia en el derecho de los órganos aplicadores del derecho se manifiesta de varias maneras las cuales deben de ser cuidadosamente separadas. Uno de los aspectos más importantes de sus funciones, el cual, más que cualquier otro, puede estar conectado con una 'definición del derecho', es la relevancia de los órganos aplicadores del derecho en cuanto al criterio de membresía en sistemas jurídicos momentáneos. El criterio que habrá de formularse más abajo sigue la tradición filosófica establecida por Salmond, pero se desvía de las particularidades de su postura en grado considerable. Un enunciado, se diría, describe un órgano primario si lo identifica y le adscribe facultades jurídicas primarias.

Un enunciado normativo dado describe (parte de) el mismo sistema momentáneo que es descrito por un conjunto dado de enunciados normativos, si éste describe un órgano jurídico aplicador primario que reconoce<sup>4</sup> las disposiciones jurídicas descritas por este conjunto de enunciados normativos o si un órgano jurídico primario descrito por el conjunto de enunciados normativos reconoce el derecho que el conjunto dado de enunciados describe. Consecuentemente, puede decirse que un sistema jurídico momentáneo contiene todas, y únicamente todas, las disposiciones jurídicas reconocidas por un órgano jurídico aplicador primario que instituye.

Puede encontrarse necesario concebir un sistema jurídico no como un conjunto de disposiciones jurídicas reconocidas por todos los órganos jurídicos aplicadores primarios instituidos en él —como se implica en este criterio—, sino como un conjunto de conjuntos sustanciales de disposiciones jurídicas, únicamente parcialmente intercectados, cada uno de los cuales es reconocido por uno o más de los órganos instituidos en él. El criterio propuesto de membresía puede ser relajado para tener en cuenta esta necesidad. Las varias maneras por las cuales puede ser hecho no se serán exploradas aquí.

El significado e implicación de este criterio de membresía debe ser cuidadosamente analizado. Asume que todo sistema jurídico momentáneo instituye, cuando menos, un órgano jurídico aplicador de un tipo cuya naturaleza será explicado más adelante. Por ello el criterio presupone

<sup>4</sup> 'Reconocer' significa aquí: 'es seguro que reconozca si la cuestión es planteada a su conocimiento'. O bien, en la medida en que el orden jurídico ya no existe, significa que el órgano efectivamente reconoció las disposiciones jurídicas cuando existieron.

y manifiesta una cierta postura sobre la naturaleza institucional del derecho. Aun más, el criterio asume que la identidad y las acciones de los órganos jurídicos aplicadores primarios son esenciales para establecer la membresía de un sistema jurídico. Dados únicamente dos enunciados normativos en que ninguno de los cuales describa un órgano jurídico aplicador primario, es imposible determinar si describen o no parte del mismo sistema jurídico momentáneo.

El criterio se basa en dos conceptos claves: 'órganos jurídicos aplicadores primarios' y 'reconocimiento de una disposición jurídica'. Las siguientes observaciones son únicamente el comienzo de una explicación de estos conceptos. Un órgano jurídico aplicador primario (simplemente: 'órgano primario') es un órgano que está autorizado para decidir si el uso de la fuerza en ciertas circunstancias está prohibido o permitido por el derecho. Este concepto es realmente la clave del sistema. En el inciso 4 del capítulo VII se sostuvo que:

(1) Todo sistema jurídico prohíbe el uso de la fuerza en ciertas condiciones (al menos cuando la fuerza es usada para obstruir la ejecución de sanciones) y permite (o prescribe) el uso de la fuerza en ciertas otras circunstancias, *i.e.* en el curso de la ejecución de cierta sanción.

(2) En todo sistema jurídico todas las disposiciones jurídicas guardan relaciones internas con las disposiciones jurídicas que prohíben el uso de la fuerza o con las disposiciones jurídicas que permiten o prescriben el uso de la fuerza en la ejecución de sanciones.

Un órgano primario puede ser autorizado a decidir únicamente si una específica disposición jurídica que prohíbe el uso de la fuerza ha sido violada; pero, al decidir esto, se expone a tener que decidir que el uso de la fuerza fue justificado al ser la ejecución de una u otra sanción, o si fue justificada sobre otros fundamentos (error, etcétera). Al reconocer ciertos actos como la ejecución de sanciones, el órgano, de manera explícita o implícita, reconoce, también, otras disposiciones jurídicas que prohíben el uso de la fuerza, a saber: aquellas disposiciones jurídicas por cuya violación fueron prescritas las sanciones. De manera similar, al admitir el alegato de error (*e.g.* aceptando que el agente actuó bajo un mal entendido sobre sus derechos o sobre los derechos de otros individuos), pueden ser reconocidas otras disposiciones jurídicas.

De esta manera, un órgano primario, un órgano que está autorizado a decidir si ciertos actos que hacen uso de la fuerza constituyeron una violación a una cierta disposición jurídica, está expuesto a reconocer, en el ejercicio de sus facultades, otras disposiciones jurídicas que permi-

ten el uso de la fuerza en la ejecución de sanciones y otras disposiciones jurídicas que prohíben el uso de la fuerza que pertenecen al mismo sistema jurídico momentáneo. Un órgano primario puede reconocer, también, la existencia de otros órganos aplicadores del derecho u órganos creadores del derecho y la validez de sus acciones y de las disposiciones jurídicas que regulan sus acciones. De esta manera, un órgano primario reconoce directa o indirectamente, explícita o implícitamente, todas las disposiciones jurídicas del sistema momentáneo.

Para los propósitos de este criterio de membresía, puede decirse que un órgano puede ser autorizado a decidir si una disposición jurídica que prohíbe el uso de la fuerza fue violada si, en ciertas circunstancias, su decisión es una condición para la ejecución de la sanción contra el infractor, ya sea por el órgano mismo o por otros.

Uno puede imaginar una sociedad en la cual existan ciertas reglas que prescriban el comportamiento y se respalden con sanciones coactivas, pero en la cual no existe ningún órgano jurídico aplicador primario. La decisión de que una disposición jurídica fue violada y la aplicación de sanciones puede ser confiada al agraviado, a su familia o a cualquiera en la sociedad, siempre que el infractor no haya sido ya castigado por otra persona, etcétera. Los órganos primarios hacen su aparición en el momento en que la facultad de decidir sobre la aplicación de tales sanciones se concentra en las manos de relativamente pocos individuos, los cuales son designados o les es confiada de cualquier otra manera la tarea en virtud, primordialmente, de sus supuestas habilidades o porque lo merecen y no por su relación con el agraviado o el infractor, siempre que ellos tengan tales poderes durante un periodo relativamente largo y pueden usarlos en un número indefinido de casos. Los órganos primarios pueden ser los órganos que ejecutan las sanciones, o bien, su decisión en el sentido de que el derecho fue violado puede ser, en ciertas circunstancias, una condición necesaria para la aplicación de sanciones.

El estudio de formas elementales de órganos primarios puede arrojar mucha luz sobre los sistemas normativos que se encuentran en los límites entre un *status* jurídico y un *status* pre-jurídico. Entender los diferentes tipos de estos sistemas normativos transitorios es más importante que decidir si cada uno de ellos es un sistema jurídico o no; cuestión que en muchos casos es completamente inútil. El examen de las distintas formas de órganos primarios, sin embargo, se encuentra claramente más allá del alcance de este estudio.

En el momento en que un órgano primario existe, aún si este se encuentra únicamente facultado para decidir sobre la violación de sólo una norma,



es posible distinguir entre normas reconocidas por él y otras normas que no son reconocidas, ya sea porque no traten del uso de la fuerza o por cualquier otra razón. El hecho de que las decisiones del órgano se basen, tan remota o indirectamente como pudiera ser, sobre cierto grupo de normas, justifica que se les considere como constituyendo un sistema normativo. Es este el sentido de 'sistema normativo' que es determinado por el criterio de membresía formulado anteriormente.

Se puede argumentar que no todo sistema normativo es un sistema jurídico; que en un sistema jurídico la decisión sobre la violación de más de una norma debe confiarse a órganos primarios. Como ha sido señalado anteriormente, el papel esencial de las instituciones en el derecho no se limita a su función en el criterio de membresía. No necesitamos, sin embargo, ocuparnos aquí de este problema, puesto que cualquiera que sea su solución, lo correcto del criterio de membresía propuesto no se ve afectado por ella.

Una decisión de un órgano primario puede ser declarada y, frecuentemente, está acompañada por una orden o una permisión para aplicar una sanción o para hacer algún otro acto. La decisión puede, inclusive, no ser declarada. Después de alcanzada, el órgano puede simplemente proceder a actuar en consecuencia, *i. e.* aplicar la sanción o abstenerse de aplicarla. En sistemas jurídicos desarrollados los órganos primarios llegan a sus decisiones, habitualmente después de un proceso jurisdiccional regulado por el derecho, y la decisión misma, frecuente, es acompañada por una explicación de las razones que condujeron a ella. En tales circunstancias, es relativamente fácil encontrar cuales son las disposiciones jurídicas reconocidas y en las que se basaron los órganos. Es más difícil hacerlo cuando la decisión no es explicada o justificada por el órgano.

Sin embargo, es posible decir las razones por las cuales una persona actuó o tomó una decisión, aún si estas razones no son reveladas por la propia persona. En cuanto a los órganos jurídicos se refiere, la tarea es hecha más fácil por el hecho de que las disposiciones jurídicas existen únicamente como parte de sistemas jurídicos que son ampliamente aceptados por cierta población. De esta manera, usualmente la población o la profesión jurídica espera que el órgano primario reconozca ciertas disposiciones jurídicas y si sus decisiones no entran en conflicto con ellas se puede asumir que han actuado sobre su base.

No es necesario decir que las disposiciones jurídicas son sólo parte de las razones de las decisiones de los órganos primarios. Otras razones pueden ser ciertos descubrimientos (en cuanto a los hechos), consideraciones de justicia, etcétera.

Los órganos primarios no únicamente pueden actuar de conformidad con disposiciones jurídicas previamente existentes; en algunas ocasiones pueden crear nuevas disposiciones jurídicas y aplicarlas. En la medida que reconocen las disposiciones jurídicas que crean, la distinción entre disposiciones jurídicas que existen antes de su reconocimiento por los órganos primarios y las disposiciones que son creadas y aplicadas por los órganos primarios no es esencial para el entendimiento del criterio de membresía. Sin embargo, es de capital importancia entender que la idea de que todas las disposiciones jurídicas sean reconocidas por órganos primarios (o la idea de que éstas son, todas, reconocidas por tribunales), o que su membresía en un sistema jurídico es determinado por ese hecho, no implica la idea de que los órganos primarios creen todas las disposiciones jurídicas (o que los tribunales lo hagan).

Si su creación puede ser atribuida a los órganos primarios (o a los tribunales) depende de varios factores. De esta manera, si una disposición jurídica fue creada mediante el ejercicio de facultades conferidas por otra disposición-FL reconocida por los órganos primarios o los tribunales, entonces ésta es reconocida por ellos como creada por cualquiera que tenga esas facultades. Más aún, si las razones dadas para reconocer una disposición jurídica son razones que justifican su contenido, entonces estamos tentados a pensar que fue creada por los tribunales o por los órganos primarios. Si, por otro lado, las razones para reconocer una disposición jurídica se refieren a la autoridad de alguna persona o cuerpo de personas que la establecieron, entonces es probable que el tribunal o el órgano primario apliquen una disposición jurídica previamente existente. Esta opinión se refuerza si la disposición jurídica es tenida como válida desde el tiempo en que fue establecida por dicha persona o grupo y, más aún, si esta fue prácticamente cierta antes de la decisión del órgano de actuar sobre su base. Cuando estas condiciones se producen, la disposición jurídica reconocida puede ser una disposición jurídica originaria, *i.e.* una disposición jurídica creada por una persona o grupo los cuales no fueron autorizados por el derecho a crearla.

Decir que un órgano primario reconoce una disposición jurídica significa que, habiéndose planteado la cuestión ante él, de conformidad al ejercicio apropiado de sus facultades, actuaría sobre la base de esa disposición jurídica. Este es un enunciado contra fáctico que origina muchas cuestiones filosóficas de las que no es necesario ocuparnos aquí. La evidencia de tales enunciados es la conducta pasada de los órganos primarios, las actitudes y opiniones de la población y de la profesión jurídica etcétera. La evidencia puede ser, y lo es, mayormente indirecta. De especial impor-

tancia es el hecho de que reconocer una disposición-FL lógicamente, implica reconocer todas las disposiciones creadas mediante el ejercicio de las facultades conferidas por ella. Este hecho es responsable de la importancia frecuentemente atribuida a las disposiciones-FL en explicaciones del problema de la membresía. De igual importancia es el hecho de que el reconocimiento de parte de un órgano primario de las normas que crean un otro órgano primario (o un tribunal), proporciona considerable apoyo a la suposición de que el primer órgano reconoce todas las disposiciones jurídicas reconocidas por el segundo, aunque no lo implica.

Esta breve explicación del criterio de membresía deja muchas cuestiones sin contestar, aunque creo que todas ellas pueden contestarse satisfactoriamente. Podemos concluir este inciso enumerando algunas de ellas.

Algunas otras exploraciones necesitan ser hechas sobre la estructura de los sistemas jurídicos para probar que el grado de interdependencia de las disposiciones jurídicas presupuestas por el criterio propuesto aquí, existe realmente. Los siguientes son algunos de los principales problemas:

Existe la cuestión de ciertos alegatos o excepciones como la inmunidad personal y sus efectos en el contenido de los sistemas jurídicos. La inmunidad total a las sanciones puede, algunas veces, impedir que los órganos primarios consideren ciertas normas, en cuyo caso tienen que ser consideradas como no perteneciendo al sistema jurídico que consiste en las disposiciones reconocidas por los órganos primarios. De esta manera, cuerpos religiosos pueden ser inmunes al control estatal y estar sometidos a un sistema jurídico separado. Cuando la inmunidad no es completa no es suficiente para aislar las normas que gobiernan el comportamiento de las personas inmunes, si existen tales normas. Sin embargo, los efectos precisos de la inmunidad y excepciones similares necesitan verse con más preciso y mayor detalle.

Otro problema es la cuestión del 'conflicto' entre los actos de varios órganos primarios. ¿Cabe uno de estos órganos, *A*, reconocer a otro órgano, *B*, y reconocer todas las disposiciones aplicadas por *B*, mientras que *B* no reconoce *A* ni a ninguna de sus disposiciones jurídicas? ¿Cómo debe dar uno cuenta de esta situación?

Un otro problema difícil es distinguir entre el reconocimiento que hace un órgano de las disposiciones de su propio sistema jurídico y el reconocimiento que hace de disposiciones jurídicas de otros sistemas jurídicos en virtud de las direcciones de sus disposiciones jurídicas de derecho internacional privado.

Finalmente, existe el problema de distinguir el derecho del hecho —¿los estatutos de las sociedades mercantiles son reconocidas por los tribunales

como derecho o como hecho? ¿Cuál es el *status* de la orden de un padre dirigida a su hijo? ¿la desobediencia a esta orden es punible por el derecho? etcétera.

### 3. *Sobre la regla de reconocimiento*

Muchos teóricos del derecho fundamentan sus explicaciones del derecho en las actividades de los órganos aplicadores del derecho. Ninguno de ellos logra ofrecer un criterio satisfactorio de membresía. Esto se debe, sin duda, por lo menos en parte, a que no pueden formular claramente el problema y aislarlo de otros problemas. Este rasgo es tan marcado que frecuentemente cabe preguntar si están realmente interesados en los problemas de membresía y de identidad. El criterio formulado en el inciso anterior expresa una diferencia con las ideas de muchos de los teóricos que comparten el enfoque Salmond en dos importantes aspectos:

(1) Se ocupa no de las actividades de los tribunales o de los órganos aplicadores del derecho en general, sino únicamente de las de los órganos primarios.

(2) Se ocupa de la conducta efectiva de los órganos primarios no de lo que deben hacer; sin embargo, se ocupan de las actividades de tales órganos en tanto que son guiados por consideraciones normativas.

Este segundo punto y la naturaleza del criterio propuesto de membresía en general puede esclarecerse con referencia a la postura de Hart sobre este particular, *i.e.* con referencia a su doctrina de la regla de reconocimiento.

La relevancia de la regla de reconocimiento con el problema de membresía es esclarecido en el primer pasaje en el cual el concepto es introducido. Las reglas de reconocimiento, explica Hart: “especifican algún rasgo o rasgos cuya posesión por una sugerida regla es tenida como una indicación afirmativa concluyente de que es una regla del grupo”.<sup>5</sup> Una regla de reconocimiento es “una regla para la identificación concluyente de reglas primarias de obligación”.<sup>6</sup>

La regla de reconocimiento es una regla jurídica y pertenece al sistema jurídico. Se diferencia de las otras disposiciones jurídicas en que su existencia no se encuentra determinado por criterios establecidos en otras disposiciones jurídicas, sino por el hecho de que es efectivamente aplicada:

<sup>5</sup> *The Concept of Law, cit.*, p. 92. (Cfr. *El concepto de derecho, cit.*, p. 117. NT).

<sup>6</sup> *The Concept of Law, cit.*, p. 92. (Cfr. *El concepto de derecho, cit.*, p. 118. NT).

...mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en otro sentido, 'existir' aún si es generalmente ignorada, la regla de reconocimiento existe únicamente como una práctica compleja, aunque normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares en la identificación de derechos con referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho.<sup>7</sup>

Esto parece implicar que la regla de reconocimiento es siempre una regla consuetudinaria y no una regla legislada. Por otro lado, Hart sostiene:

Si una constitución que especifica las diferentes fuentes del derecho es una viviente realidad en el sentido que los tribunales y funcionarios del sistema efectivamente identifican el derecho de conformidad con los criterios que proporciona, entonces la constitución es aceptada y efectivamente existe. Parece una innecesaria duplicación sugerir que existe una regla ulterior en el sentido de que la constitución (o aquellos que 'la establecieron') sea obedecida.<sup>8</sup>

La Constitución, en tales casos debe, presumiblemente, ser considerada como creada tanto por la legislación como por la costumbre, una situación que, quizás, no es imposible, pero requiere de alguna explicación.

Esta es una dificultad menor. De mucho mayor consecuencia es la dificultad de encontrar quienes son los sujetos normativos de la regla de reconocimiento y las dudas en cuanto a saber si es una disposición que impone deberes o una disposición que confiere facultades. (Debe recordarse que, según Hart, todas las normas son normas que imponen deberes, o bien, normas que confieren facultades y que, asume, todas las disposiciones jurídicas son normas). Hart dice que "donde quiera que una regla de reconocimiento es aceptada, tanto los particulares como los funcionarios disponen de criterios autoritativos para identificar reglas primarias de obligación".<sup>9</sup> Esto sugiere que la regla de reconocimiento se dirige a la población en general. ¿Significa esto que todos los sujetos normativos de todas las disposiciones jurídicas que habrán de ser identificadas por ella son sus sujetos normativos?

Hart frecuentemente contrasta la regla de reconocimiento y otras reglas secundarias con las reglas primarias las cuales son reglas de obligación. Aquí, presumiblemente, las reglas de reconocimiento no imponen obligaciones, sino que confieren facultades. Ésta hipótesis es reforzada por la

<sup>7</sup> *The Concept of Law, cit.*, p. 107. (Cfr. *El concepto de derecho, cit.*, p. 137. NT).

<sup>8</sup> *The Concept of Law, cit.*, p. 246. (Cfr. *El concepto de derecho cit.*, p. 311. NT).

<sup>9</sup> *The Concept of Law, cit.*, p. 97. (Cfr. *El concepto de derecho, cit.*, p. 125. NT).

siguiente fragmento de oración: en ciertas circunstancias "...la regla que confiere jurisdicción será, también, una regla de reconocimiento".<sup>10</sup> Sin embargo, es muy claro que ésta no es la intención de Hart, como él mismo me lo confirmó. En su libro Hart explica únicamente que las disposiciones jurídicas que imponen deberes pueden ser disposiciones jurídicas consuetudinarias. No hay sentido, de acuerdo con su teoría, por el cual las disposiciones jurídicas que confieren facultades puedan ser disposiciones jurídicas consuetudinarias,<sup>11</sup> a menos que ellas sean parte de un sistema jurídico del cual ellas no son la regla de reconocimiento.

Consecuentemente, tiene que concluirse que la regla de reconocimiento es una disposición jurídica que impone deberes. Esto significa, sin embargo, que los sujetos normativos no pueden ser la población en general, puesto que no existe ningún deber sobre los particulares para identificar ciertas disposiciones jurídicas y no otras (tampoco, por lo mismo, tienen una facultad jurídica para hacerlo).

La regla de reconocimiento debe, por tanto, ser interpretada como una disposición-D dirigida a los funcionarios, indicándoles aplicar o actuar sobre la base de ciertas disposiciones jurídicas. De ahí que únicamente el comportamiento de los funcionarios y no el comportamiento de la población en su totalidad determina si la regla de reconocimiento existe.

La razón fundamental que movió a Hart a adoptar su doctrina de la regla de reconocimiento se expresa en la siguiente oración: "si surge la cuestión de saber si alguna pretendida regla es jurídicamente válida, para contestar la pregunta tenemos que usar un criterio de validez *proporcionado por alguna otra regla*".<sup>12</sup> Es este presupuesto el que es cuestionable. Me parece que responder a la cuestión de si una pretendida disposición jurídica existe como una disposición jurídica de un cierto sistema jurídico uno tiene que referirse, en última instancia, no a una disposición jurídica sino a un criterio teórico jurídico.<sup>13</sup> En última instancia uno tiene que referirse a un enunciado general que no describe una disposición jurídica sino una verdad general sobre el derecho.

<sup>10</sup> *The Concept of Law*, cit., p. 95. (Cfr. *El concepto de derecho*, cit., p. 121. NT).

<sup>11</sup> La explicación de disposiciones-F (cfr. *supra*: inciso 5, capítulo VI) admite la posibilidad de disposiciones-F consuetudinarias. Pero la existencia de disposiciones-F en general depende de la existencia o de la creación posible de ciertas disposiciones-D que haga posible la interpretación de la regla de reconocimiento como una disposición-F.

<sup>12</sup> *The Concept of Law*, cit., p. 103. Las cursivas son mías. (Cfr. *El concepto de derecho*, cit., p. 133. NT).

<sup>13</sup> Debe recordarse que nos ocupamos del punto de vista del hombre ordinario, no del punto de vista del juez que enfrenta la cuestión: ¿qué disposición jurídica debe ser reconocida?

En algunos sistemas jurídicos puede haber disposiciones jurídicas que obligan a ciertos órganos a aplicar todas aquellas disposiciones jurídicas que satisfagan una cierta condición y puede ser que estas disposiciones jurídicas sean, de hecho, todas las disposiciones del sistema. Sin embargo, aún cuando tal disposición exista, lo que no es siempre el caso, las disposiciones jurídicas del sistema pertenecen al sistema no en virtud de estas reglas de reconocimiento, sino en virtud de que todas ellas son reconocidas por los órganos primarios.

Que no es el caso que en todo sistema jurídico haya sólo una regla de reconocimiento puede ser visto al considerar los dos puntos siguientes:

(1) No es claro sobre qué fundamenta Hart su idea de que hay únicamente una sola regla de reconocimiento en todo sistema jurídico. ¿Por qué no decir que hay varias reglas de reconocimiento, dirigidas, cada una, a diferentes tipos de funcionarios? ¿Por qué no decir que varias reglas de reconocimiento prescriben el reconocimiento de varios tipos de disposiciones jurídicas?

(2) Aunque el comportamiento de los órganos primarios, como fue sugerido en el inciso anterior, es la clave del criterio de membresía, no hay ninguna razón para pensar que éstos actúan siempre en cumplimiento de deberes, como la teoría de Hart implica. Ellos pueden estar bajo la obligación de reconocer algunas disposiciones jurídicas y, sin embargo, estar jurídicamente libres de reconocer o no reconocer otras.<sup>14</sup> Supongamos, como lo hace Hart, que las disposiciones jurídicas pueden ser disposiciones-D meramente en virtud de reacciones críticas difusas, sin ser respaldadas por sanciones o por otros remedios jurídicos. Aun así, no es necesario que sea el caso que los órganos primarios enfrenten reacciones críticas si ellos dejan de reconocer ciertas disposiciones jurídicas o empiezan reconociendo otras disposiciones jurídicas.

a) *Nota sobre las disposiciones jurídicas y las disposiciones jurídicas de papel*

Este capítulo se ocupa de la forma por la cual el hecho de que el derecho sea institucionalizado ayuda a resolver el problema de la membresía. La solución propuesta acuerda importancia especial a ciertos órganos aplicadores del derecho, sin por ello asumir: (1) que las disposiciones jurídicas sean predicciones o descripciones de los actos de esos órganos;

<sup>14</sup> Cfr. *supra*: inciso 4, capítulo II.

(2) que las disposiciones jurídicas se dirijan únicamente a estos órganos; estas se dirigen a varias clases de personas y, simplemente, son reconocidas por estos órganos; (3) que todas las disposiciones jurídicas son creadas por estos órganos; o (4) que los órganos están siempre obligados a reconocerlas.

El criterio de membresía propuesto señala la forma de solucionar otro problema. Kelsen piensa que un mínimo de eficacia es una condición necesaria para la validez de toda disposición jurídica.<sup>15</sup> Esta es su solución al problema de las 'disposiciones jurídicas de papel'. El criterio de membresía propuesto sugiere un diferente enfoque al problema: las disposiciones jurídicas de un sistema son aquellas reconocidas por los órganos primarios. Leyes o reglamentos, etcétera, que son ignorados por los órganos jurídicos aplicadores no son realmente partes del sistema jurídico. Si son reconocidos en una forma modificada, son disposiciones jurídicas en esa forma modificada. Pero el hecho de que sean ignoradas por la población es irrelevante para su existencia. Más aun, aún si son ignoradas por la policía, aún si ninguna persecución es realizada por su violación (si son disposiciones-D), y si las partes interesadas no las invocan ante los órganos aplicadores del derecho, ellas aún son disposiciones jurídicas válidas, siempre que al ser planteadas ante los órganos primarios, dentro del ejercicio apropiado de sus facultades, sean reconocidas y éstos actúen sobre su base.

Tiene que admitirse que la opinión ordinaria que prevalece sobre el tema está dividida y la tesis sugerida aquí no puede ser justificada como explicando la opinión corriente. Su justificación es indirecta. Primeramente, se conforma con las ideas expresadas sobre el problema de membresía e identidad, las cuales, a su vez, son explicaciones del sentido común y de la opinión profesional sobre estos temas. En segundo lugar, expresan un otro aspecto de la decisión de atribuir un papel central a los órganos aplicadores del derecho.

Es verdad que una de los rasgos distintivos de las normas es que constituyen cierto tipo de razones para la acción. Sin embargo, las normas, son, siempre, únicamente una de las razones para la acción en toda situación; su efecto y su peso se ven afectados por muchos otros hechos que son, también, razones para la acción y las cuales, algunas veces, incrementan y, otras veces, disminuyen, o, incluso, contradicen el efecto de las normas. El hecho de que la existencia de ciertas disposiciones jurídicas no sea siempre una razón decisiva para actuar como prescriben es gene-

<sup>15</sup> *Cfr. supra*: inciso 3, capítulo III.



ralmente aceptado. Una regla moral importante que contradice una disposición jurídica puede causar que la población ignore esta última; sin embargo, ni la contradicción ni sus efectos sobre la población significan que la disposición jurídica no exista. Similarmente, un bajo índice de detección criminal puede causar que las personas atribuyan un menor peso a ciertas disposiciones jurídicas, aunque eso no significa que las disposiciones jurídicas no existan.

Es característico de las normas que el tipo de razones para la acción que constituyen son, en general, razones de peso e importantes para la acción. De ahí la tendencia a pensar que si una disposición jurídica ha perdido mucho de su importancia como una razón para la acción, en virtud de que es en general ignorada, ya no es una disposición jurídica. Sin embargo, en cuanto a los sistemas normativos se refiere, parece razonable permitir que esta consideración del peso de normas individuales como razones para la acción sea superada por consideraciones de la naturaleza sistemática de las normas. En virtud de que pertenecen a un sistema caracterizado por la aplicación organizada de las disposiciones jurídicas por órganos especialmente designados, aun las disposiciones jurídicas ampliamente ignoradas y pasadas por alto, son disposiciones jurídicas en la medida en que son reconocidas por estos órganos.