

SOBRE LA EXISTENCIA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

SUMARIO: 1. *Sobre el principio de eficacia.* 2. *Algunas otras sugerencias.*

1. *Sobre el principio de eficacia*

El problema de existencia es la búsqueda por un criterio para determinar si un pretendido sistema jurídico existe, *i. e.* si un determinado conjunto de enunciados normativos, los que, sin son verdaderos, son una descripción completa de un sistema jurídico, es verdadero.

Algunos teóricos del derecho fundamentan sus puntos de vista sobre el problema en el principio de eficacia, *i. e.* sobre el supuesto de que la existencia de los sistemas jurídicos depende únicamente de su eficacia, de la obediencia a sus disposiciones jurídicas.¹ Ninguno de los exponentes de esta tesis hizo mucho para esclarecer el significado preciso de eficacia o de obediencia en su teoría. Una interpretación es que un sistema existe si un cierto porcentaje de casos de obediencia a sus disposiciones jurídicas en relación al número total de oportunidades de obedecerlas se produce. Esto, indudablemente, es una cruda interpretación, pero es mejor que ninguna y puede, al menos, servir de base para el comentario y la crítica. Alguno de los argumentos expuestos anteriormente pueden ser enfrentados refinando y mejorando esta interpretación del principio de eficacia, pero otros muestran que el principio es inadecuado y debe ser abandonado.

¿Cómo deben contarse los casos de desobediencia? Supóngase que uno conduce un automóvil excediendo por 50 millas la velocidad límite. ¿Qué tantas veces violó uno el derecho? ¿Cómo deben contarse el número de oportunidades para obedecer el derecho? ¿Cuántas oportunidades de no cometer homicidio tiene uno durante el año? ¿Cuántas otras de no robar? Supongamos que un método apropiado de contabilidad es establecido. ¿El

¹ *Cfr. supra*: inciso 1, capítulo V.

hecho de que una persona no mate quinientas veces y que cometa homicidio únicamente una vez, que pague el impuesto sobre la renta dos veces y que no lo pague en tres ocasiones eleva el porcentaje (parcial) de eficacia de cuatro a quinientos seis? Me parece que ningún método de contabilidad puede tener mucho sentido.

¿Tiene todas las violaciones de las disposiciones jurídicas la misma importancia para la existencia de sistema jurídico? ¿El hecho de que un hombre viole su contrato o que no observe una indicación de carretera es tan perjudicial para la existencia del sistema jurídico como el hecho de que deserte del ejército o conspire?

Más aún, ¿todas las violaciones de la misma disposición jurídica son de igual importancia para la existencia del sistema jurídico? ¿No acaso el homicidio de la cabeza del Estado mina el sistema jurídico más que otro homicidio, con independencia de si éste es un diferente tipo de delito? Parece también que la intención expresa por la cual una disposición jurídica es violada puede hacer toda la diferencia. Compárese, por ejemplo, el efecto de no pagar impuesto como un acto de desobediencia civil con el mismo ilícito cometido por un evasor ordinario.

Una cuestión general muy importante que es dejada sin respuestas por la mayoría de los exponentes del principio de eficacia es si la mera conformidad con una disposición jurídica debe ser equiparada con la obediencia que implica, al menos, algún conocimiento del derecho o, incluso, con la obediencia que implica que su existencia afecta las decisiones de la persona de cómo comportarse.

El principio de eficacia se refiere únicamente a la obediencia y desobediencia de las disposiciones-D. Pero ¿no acaso la forma en la cual los individuos hacen uso o no de las facultades conferidas a ellos por disposiciones-F es de la misma importancia para la existencia de los sistemas jurídicos? Supónganse que en cierto país los miembros de cierto grupo racial o grupo étnico son considerados ciudadanos de segunda clase y no gozan de derechos políticos. Supóngase que el gobierno designa a algunos de esos miembros para formar una asamblea semiautónoma y que esas personas, en protesta contra el régimen rehúsan hacer uso de sus facultades. ¿No acaso su acción es tan perjudicial para la existencia del sistema jurídico como cualquier acto de violación de deberes por desobediencia civil? ¿La abstención masiva de votar en elecciones parlamentarias es menos relevante para esta cuestión que un mitin público ilegal? Similarmente, si la violación de ciertos contratos o de ciertas obligaciones por parte de los directores de sociedades comerciales afectan la exis-

tencia del sistema jurídico, así le afecta el hecho de que la población se abstenga de celebrar ciertos tipos de contrato o que se abstenga de constituir ciertos tipos de sociedades comerciales.

Finalmente, debe observarse que el sistema jurídico existente no es siempre aquél al cual se le presta un mayor grado de obediencia. Hay un caso, por ejemplo, para pensar que el sistema Jurídico pos-U.D.I. era el sistema jurídico existente de Rhodesia en 1968. Esto no implica que haya sido el único sistema jurídico eficaz en Rhodesia. Bien puede ser que el sistema jurídico pre-U.D.I. fuera también eficaz; realmente, puede que haya sido, en equilibrio, el más eficaz sistema y, sin embargo, no haber sido el sistema jurídico existente. Los dos sistemas son grandemente idénticos en contenido. Puede ser, por ejemplo, que cierto número de disposiciones jurídicas penales creadas después del U.D.I. no fueran completamente obedecidas. Esto podría haber dado al sistema pre-U.D.I. en la inclinación en la balanza de eficacia, no obstante el hecho de que una disposición constitucional nueva de gran importancia sustituyó una disposición constitucional y que el nuevo derecho, no el viejo, era obedecido.

La eficacia de una sola disposición constitucional puede, sin embargo, determinar que era el sistema pos-U.D.I. el que existía en Rhodesia.

Abreviando: aunque la obediencia a todas las disposiciones-D puede ser relevante para la existencia del sistema jurídico uno tiene que: (1) evitar simplificar en exceso la contabilidad; (2) atribuir diferente peso a diferentes ilícitos; (3) tomar en cuenta circunstancias e intenciones jurídicamente irrelevantes; (4) tomar en cuenta el conocimiento del derecho y su influencia en el comportamiento de los individuos; ² (5) tomar en cuenta el uso de facultades como el cumplimiento de deberes; (6) atribuir mayor importancia a disposiciones constitucionales. ³

2. *Algunas otras sugerencias*

La complejidad del problema de existencia desafía un tratamiento breve y me parece que la mayoría de las cuestiones involucradas han sido, hasta ahora, escasamente tocadas por los filósofos del derecho. Las siguientes páginas contienen únicamente algunas sugerencias sobre la manera en la

² Los primeros tres argumentos y la primera mitad del cuarto fueron explícitamente reconocidos por Bentham. *Cfr.* su explicación de la revuelta la cual se ocupa del cambio de sistemas jurídicos (*Fragment on Government*, *cit.*, pp. 45-46).

³ Los últimos tres argumentos son hechos por Hart (*Cfr. The Concept of Law*, *cit.*, pp. 109-114. [*Cfr. El concepto de derecho*, *cit.*, pp. 140-146. NT]).

cual el problema debe ser abordado. Éstas no contienen siquiera el germen de una solución.

Dos cuestiones deben ser distinguidas:

(1) ¿Existe un sistema jurídico en cierta sociedad?

(2) Asumiendo que una cierta sociedad está gobernada por un sistema jurídico ¿por cuál sistema jurídico es gobernada? ¿Cuál sistema jurídico existe en ella?

La primera cuestión puede ser interpretada de dos maneras: Puede ser tomada como significando: (a) dado que *S* es un sistema normativo que existe en cierta sociedad ¿es *S* un sistema jurídico? o (b) ¿alguna descripción completa de un sistema jurídico describe un sistema jurídico que existe en una sociedad dada? Sólo de la segunda interpretación nos ocuparemos aquí.

En correspondencia con estas dos cuestiones existen dos distintos conjuntos de pruebas: uno es para determinar si en una sociedad dada existe, de alguna manera, algún sistema jurídico; el otro es para determinar, dada una respuesta positiva a la primera cuestión, cuál sistema jurídico existe ahí.

Al primer conjunto de pruebas, el cual puede ser llamado 'prueba preliminar', todas las disposiciones jurídicas del sistema son relevantes, aunque no hay ninguna razón para pensar que todas sean igualmente relevantes. La obediencia al derecho privado así como al derecho público debe ser tomado en cuenta. El uso de facultades jurídicas de todo tipo por parte de la población debe, también, ser considerado. Particular atención debe darse al grado en el cual las disposiciones jurídicas son conocidas y a la influencia que ejercen en el comportamiento de los individuos.

Al considerar el uso que se hace de las facultades jurídicas no toda oportunidad que no es usada para ejercitar una facultad jurídica es relevante, sino únicamente aquellas en las cuales su uso podría ser esperado, por ejemplo, por la razón de que hubiera sido de una manifiesta ventaja para la persona involucrada. No es necesario decir, que el conocimiento del derecho es más importante para la eficacia de las disposiciones-F de lo que lo es para la conformidad con disposiciones-D.

La prueba preliminar es una prueba de la eficacia general de los sistemas jurídicos. (El término 'eficacia' es usado aquí en un sentido más amplio que hasta ahora). Más de un sistema jurídico pueden pasar la

prueba preliminar y ser eficaces en cierta sociedad. En tales casos puede ser necesario usar el segundo conjunto de pruebas de manera a encontrar cuál de los sistemas eficaces existe en la sociedad. Como se demostró en el inciso anterior, el hecho de que uno de dos sistemas jurídicos que pasa la prueba mínima preliminar sea más eficaz que otros no es prueba de que sea el sistema existente. La cuestión se decide por un segundo conjunto de pruebas, el cual puede ser llamado 'prueba de exclusión'.

La prueba preliminar y las cuestiones que pretende responder no figuran mayormente en las explicaciones teórico jurídicas. Esas se ocupan de la cuestión de determinar si un cierto sistema normativo es un sistema jurídico, o bien, de la cuestión de cuál de dos sistemas jurídicos es el que existe. Ejemplos son las cuestiones de saber si las reglas de una sociedad primitiva son un sistema jurídico y la cuestión de cuál sistema jurídico existía en Rhodesia en 1968.

Para resolver cuestiones como la última uno tiene que referirse a la prueba de exclusión. Antes de aplicar esta prueba, uno tiene que determinar que los dos sistemas jurídicos en consideración son, realmente, mutuamente excluyentes. Una sociedad puede ser gobernada por dos sistemas jurídicos, por ejemplo, uno religioso; el otro, un sistema jurídico estatal, los cuales, aún si en algunas ocasiones entran en contradicción, son compatibles.

Si dos sistemas jurídicos son compatibles o no depende, primero que todo, de las formas de organización sociales de las cuales ellos son parte (*e. g.* el sistema jurídico de una tribu un estado, una religión, etcétera). En general, cada organización social de cierto tipo es incompatible con las otras organizaciones del mismo tipo, pero pueden coexistir con organizaciones sociales de otros tipos (los Estados son incompatibles con un otro Estado, pero usualmente son compatibles con las religiones, etcétera). En segundo lugar, la compatibilidad de los sistemas jurídicos depende del grado en que entren en conflicto. (Ciertas religiones pueden proscribir el reconocimiento de cualquier autoridad no religiosa, etcétera).

Dados dos pretendidos sistemas jurídicos que son, ambos, eficaces en cierta sociedad y son, también, incompatibles, corresponde a la prueba de exclusión determinar cuál de ellos existe en esa sociedad. Esta prueba atribuye especial importancia a las actitudes y acciones de los individuos hacia el Estado, hacia el régimen y hacia otra forma de organización social de la cual el sistema jurídico en cuestión es una parte integral. ¿La pobla-

ción desprecia o ignora parte de uno de los sistemas jurídicos en cuestión en virtud de su alianza con un régimen en vez de otro? Es aquí donde las intenciones de los individuos al violar ciertos deberes, al ejercitar o abstenerse de ejercitar facultades jurídicas, deviene relevante.

Otros factores a los cuales se les atribuye especial importancia por la prueba de exclusión son la eficacia de las disposiciones constitucionales, *i. e.* el funcionamiento de órganos aplicadores del derecho y órganos creadores del derecho importantes, y la eficacia de otras disposiciones jurídicas que poseen carácter político. Esto varía de un sistema jurídico a otro.

La prueba de exclusión es una prueba comparativa. De los sistemas jurídicos que compiten, aquél que sale mejor es el que existe. En ciertos casos dos sistemas que compiten pueden gruesamente tener una igual pretensión y el caso tiene que ser considerado abierto.

Hasta ahora las referencias han sido constantemente hechas a la existencia de sistemas jurídicos en ciertas sociedades. El término 'sociedad' debe, en este contexto ser interpretado, verdaderamente, de manera nada precisa. Al decir de un sistema jurídico que es el sistema jurídico de Gran Bretaña o de los británicos uno significa (a) que sus disposiciones se aplican (imprecisamente hablando) únicamente a actos realizados en Gran Bretaña o por británicos; y (b) cuando son probados por los criterios mencionados anteriormente, en Gran Bretaña o entre los británicos, *i. e.* en su esfera de aplicación, se prueba que existen en ellos. Algunas veces la esfera de existencia efectiva de un sistema jurídico es más estrecho que su esfera de aplicación. De esta manera, por todo lo que sé, el sistema jurídico en vigor en Formosa en 1968 hubiera podido ser aplicado, también, en China continental. Los criterios de existencia hicieron posible determinar que este sistema jurídico, de hecho, existe únicamente en Formosa.

Un sistema jurídico existe siempre en cierto momento o durante un cierto periodo. Tiene que recordarse, sin embargo, que la prueba de eficacia y exclusión producen resultados únicamente si son aplicados durante un cierto periodo mínimo de tiempo. Un sistema jurídico existe en un momento dado si este momento es parte de un periodo en el cual éste existe.

Estas pocas consideraciones sobre los criterios de existencia son únicamente parte de una clarificación preliminar necesaria antes de que el problema de la existencia sea completamente abordado. Al igual que la mayoría de las sugerencias hechas en este libro constituyen meramente indicadores del camino a seguir para resolver los problemas implicados.

Sin embargo, espero que el libro haya logrado formular y demostrar la importancia de algunos de los problemas más importantes, aunque pasados por alto, por la teoría jurídica, y arrojar una nueva luz sobre el trabajo de algunos de los más grandes pensadores jurídicos, así como hacer alguna contribución a la solución de estos problemas.