

INTRODUCCIÓN

Este trabajo es una introducción a un estudio general de los sistemas jurídicos^a esto es, al estudio de la naturaleza sistemática del derecho y al examen de los presupuestos e implicaciones que subyacen detrás del hecho de que toda norma^b jurídica necesariamente pertenece a un sistema jurídico (inglés, alemán, romano, canónico, o algún otro sistema jurídico). Una investigación exhaustiva podría traer como resultado lo que podría ser llamado una teoría del sistema jurídico. Tal teoría es general en tanto que pretende ser verdadera para todo sistema jurídico. Si es exitosa, esclarecerá el concepto de sistema jurídico y formará parte de la jurisprudencia general analítica.^c

El enfoque del tema que hemos adoptado aquí es, en parte, histórico y comienza con un examen crítico de las teorías anteriores. La parte constructiva del trabajo es de naturaleza analítica; los autores examinados en la parte histórica todos ellos pertenecen a la escuela de la *jurisprudencia*

^a La expresión 'sistema jurídico' es la traducción literal de '*legal system*' que dentro de la tradición jurídica del *common law* es el término canónico que corresponde a la expresión: 'orden jurídico', más propia de nuestra tradición jurídica romano germánica. Al igual que en otras de nuestras traducciones (Raz, Joseph. *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho inmoral*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982) hemos conservado la expresión 'sistema jurídico' porque se identifica más con la teoría de Joseph Raz sobre los sistemas jurídicos. (Un amplio comentario sobre la teoría de Raz sobre los sistemas jurídicos puede verse en nuestro artículo: "La teoría de J. Raz sobre los sistemas jurídicos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año xiv, núm. 42, páginas 1147-1195. En una anterior versión nuestra del artículo de Raz sobre la identidad de los órdenes jurídicos [*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año iv, núm. 19, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 139-163]). NT.

^b Hemos traducido '*a law*' por 'disposición jurídica'. Dicha expresión inglesa es usada para designar la *unidad fundamental en que se divide el sistema jurídico*. Ciertamente, dentro de nuestra tradición jurídica estamos habituados a denominar tales unidades: 'normas' (jurídicas). Sin embargo, conservamos 'disposición jurídica' porque Joseph Raz usa 'norma' para designar la disposición jurídica (*a law*) que regula el comportamiento humano imponiendo deberes o confiriendo facultades. Norma es, pues, para Joseph Raz, un tipo de disposición jurídica. (Cfr. Raz, Joseph. *La autoridad del derecho, cit.*, p. 9, n. c). NT.

^c En el sentido de teoría jurídica analítica. NT.

analítica.¹ Desde un punto de vista analítico una teoría completa del sistema jurídico consiste en la solución a los siguientes cuatro problemas:

(1) *El problema de existencia*: ¿Cuáles son los criterios de existencia de un sistema jurídico? Distinguímos entre sistemas jurídicos existentes y aquellos que, o bien han dejado de existir (*e. g.* el sistema jurídico romano) o nunca existieron en absoluto (*e. g.* el derecho propuesto por Platón para un Estado ideal). Más aún, decimos que el sistema jurídico francés existe en Francia pero no en Bélgica y que en Palestina hay ahora un sistema jurídico diferente del que estaba en vigor hace treinta años. Uno de los objetos de la teoría del sistema jurídico es proporcionar los criterios para determinar la verdad o falsedad de tales enunciados; a los cuales le llamaremos los 'criterios de existencia' de un sistema jurídico.

(2) *El problema de identidad (y el problema relacionado de la membresía)*: ¿Cuáles son los criterios que determinan el sistema al cual pertenece una determinada disposición jurídica? Éstos son los criterios de membresía y de ellos pueden derivarse los criterios de identidad, resolviendo la cuestión: ¿Qué disposiciones jurídicas forman un sistema dado?

(3) *El problema de estructura*: ¿Existe una estructura común a todos los sistemas jurídicos o a ciertos tipos de sistemas jurídicos? ¿Hay algunos patrones de relaciones entre las disposiciones que pertenecen al mismo sistema las cuales aparezcan en todos los sistemas jurídicos o marquen la diferencia entre tipos importantes de sistemas?

(4) *El problema del contenido*: ¿Hay algunas disposiciones jurídicas que, en una forma u otra, aparezcan en todos los sistemas jurídicos o en tipos de sistemas? ¿Hay algún contenido común o todos los sistemas jurídicos o que determinen tipos importantes de sistemas?

Mientras toda teoría del sistema jurídico tiene que proporcionar una solución para los primeros dos problemas, puesto que los criterios de exis-

¹ Cfr. Bentham, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Basil Blackwell (1948), 1960, pp. 423 y ss.; Austin, John. "The Uses of the Study of Jurisprudence" (el autor usa la versión publicada por The Moonday Press, Nueva York, 1954, a cuyas páginas hace referencias. Este trabajo fue publicado por H. L. A. Hart: *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence* [Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1971]. Existe versión española de Felipe González Vicén: *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia* [Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951], NT); Kelsen, Hans. "The Pure theory of Law and Analytical jurisprudence", en *Harvard Law Review*, vol. 55, núm. 1, noviembre 1941, pp. 44-70. (Este trabajo fue reimpreso en Kelsen, Hans. *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, University of California Press, 1971, pp. 266-287. Es a esta última publicación a la cual Joseph Raz hace referencia. NT); Hart, H. L. A., "Positivism and the Separation of law and morals", en *Harvard Law Review*, Vol. 71, 1958, pp. 593-629. (Existe versión española de este artículo debido a Genaro R. Carrió: "El positivismo

tencia e identidad son parte necesaria de cualquier definición adecuada de 'sistema jurídico', se puede dar una respuesta negativa a las dos últimas cuestiones. Se puede sostener que no existe ningún contenido común a todo sistema jurídico. El examen de la estructura y contenido es fundamental también para la teoría de tipos de sistemas jurídicos (que es como podemos llamar la parte analítica de la jurisprudencia comparada).

Este ensayo se ocupa de los tres primeros problemas únicamente y sólo en tanto pertenecen a la teoría general del sistema jurídico. Los juristas analíticos, a excepción de H. L. A. Hart, han puesto poca atención al problema del contenido y, como hemos decidido desarrollar nuestras conclusiones sistemáticas en gran medida a través del examen crítico de las teorías anteriores, será conveniente olvidarlo casi completamente. Algunas indicaciones sobre la interrelación entre el problema del contenido y los otros tres problemas serán dadas en el capítulo VI y en otros lugares.

Todos los cuatro problemas de la teoría del sistema jurídico han sido, en su mayor parte, descuidados por casi todos los juristas analíticos. Parece haber sido tradicionalmente aceptado que el paso crucial en el entendimiento del derecho consiste en definir 'una disposición jurídica' y asumir, sin discusión, que la definición de 'un sistema jurídico' no implica ningún problema ulterior de ninguna consecuencia. Kelsen fue el primero en insistir que "es imposible penetrar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada".² Este estudio se propone ir más allá: una de las principales tesis del presente ensayo es que una teoría del sistema jurídico es un prerrequisito para cualquier definición adecuada de 'una disposición jurídica' y que todas las teorías existentes sobre el sistema jurídico no son satisfactorias, en parte, porque no se percataron de este hecho.

Al argumentar en favor de esta tesis serán considerados ciertos aspectos de la teoría general de las normas (en los capítulos III y VI). La explicación, sin embargo, será limitada al mínimo estrictamente necesario para probar la validez de la postura general.

Las tres características más generales e importantes del derecho son que es normativo, institucionalizado y coactivo. El derecho es normativo en tanto sirve, y está hecho para que sirva, como guía de la conducta huma-

jurídico y la separación entre el derecho y la moral" en Hart, H. L. A. *Derecho y moral contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 1-64. NT).

² Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*, Nueva York, Russell and Russell, 1961 (reimpresión de la edición de Harvard University Press, 1945. Existe versión española debida a Eduardo García Máynez: *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979. NT).

na; es institucionalizado en tanto que su aplicación y modificación son, en gran medida, realizadas o reguladas por instituciones; es coactivo en tanto que la obediencia a él y su aplicación se encuentran internamente garantizadas, en última instancia, por el uso de la fuerza.

Naturalmente, toda teoría del sistema jurídico tiene que ser compatible con una explicación de estas características. Más aún, en razón de su importancia esperamos que toda teoría del sistema jurídico tenga en cuenta estas características y explique, al menos parcialmente, su importancia para el derecho.

El énfasis en estas tres características del derecho es el factor más importante que compartimos con dos teorías analíticas del sistema jurídico contemporáneas —las de Kelsen y Hart—. La diferencia entre nuestras distintas posturas pueden ser reducidas a una diferencia en la interpretación de las tres características, sus interrelaciones y su importancia relativa. Este común denominador hace que sea útil presentar este intento por resolver los problemas dentro del contexto de un examen crítico de otros intentos similares.

Existe, sin embargo, una gran diferencia en el uso que aquí hacemos de las dos teorías contemporáneas. La teoría de Kelsen es explicada y criticada en tres capítulos sucesivos (III, IV y V), antes de que cualquier contribución positiva a la teoría del sistema jurídico sea avanzada. El propósito de esto es obtener un entendimiento más detallado de los problemas de la teoría del sistema jurídico y explorar algunas de las dificultades que su manejo supone y, al mismo tiempo, aprender tanto de los logros como de los errores de Kelsen. La teoría de Hart, la cual se parece mucho más al enfoque que usamos aquí, es analizada conjuntamente con la formulación de una contribución positiva para la teoría del sistema jurídico (capítulos VI a IX). Otros iusfilósofos que no produjeron una teoría completa del sistema jurídico, sostuvieron, sin embargo, puntos de vista relevantes para la construcción de tal teoría y algunos de sus puntos de vista son tomados y examinados cuando la ocasión se presenta.

Aunque Kelsen fue el primero en tratar explícita y de forma comprensiva el concepto de sistema jurídico, existe ya implícita en los trabajos de Austin una teoría completa del sistema jurídico. Esta teoría, aunque diferente de la de Kelsen en aspectos importantes, puede ser provechoso considerarla como una variante del mismo tipo de teoría. Propongo considerar ambas teorías como dos variantes de lo que llamaré el enfoque imperativo. Siendo la de Austin la variante más simple, comenzaremos nuestra explicación con ella y la usaremos para describir la naturaleza del enfoque imperativo (capítulo I). La teoría de Austin es, sin embargo, muy defectuosa

y mucho de sus defectos pueden ser remediados dentro del marco del enfoque imperativo. Por tanto, la crítica de sus puntos de vista (capítulo II) no pueden ser considerados como prueba de lo inadecuado de enfoque imperativo como tal, sino, más bien, como una introducción a la teoría de Kelsen, la cual es mucho menos vulnerable.