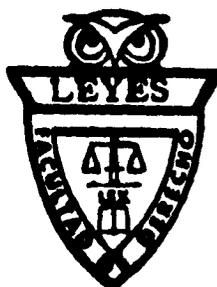


512  
28



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



“ LA FILOSOFIA JURIDICA DE  
JOSEPH RAZ ”

**T E S I S**

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

**ARMANDO ISMAEL MAITRET HERNANDEZ**

TUTOR DE TESIS: DR. ROLANDO TAMAYO Y SALMORAN

FALLA DE ORIGEN

CIUDAD UNIVERSITARIA

1995



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

***Al doctor Rolando Tamayo y Salmorán***

***A mi familia***

***A Itzel***

***A todas aquellas personas que siempre están cerca y pendientes de mí.***



SR. ARMANDO I. MAITRET H.  
P R E S E N T E .

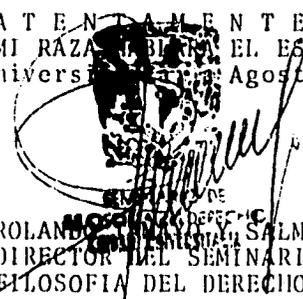
Me es muy grato comunicarle, en mi calidad de Director de Tesis y Director del Seminario de Filosofía, la aprobación de su trabajo "LA FILOSOFIA - DEL DERECHO DE JOSEPH RAZ", que tuve la satisfacción de dirigir.

La tesis que presenta a este Seminario es un importante trabajo de investigación; contiene la erudición requerida para estos trabajos y examina las más importantes tesis que expone en sus diferentes libros el Profesor de Oxford, cuya obra describe.

La tesis que usted presenta a este Seminario, maneja con gran dominio el tema. Las referencias y el manejo de la bibliografía es absolutamente, clara y precisa.

El trabajo está escrito con pulcritud y rigor y se convierte en un trabajo obligado para todo aquel interesado en este tema.

A T E N T A M E N T E  
"POR MI RAZA Y POR EL ESPIRITU"  
Cd. Universidad de México, Agosto 28 de 1995.



DR. ROLANDO SALMORAN  
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE  
FILOSOFIA DEL DERECHO.

RTYS/rga.

## **INDICE**

---

	<i><b>Página</b></i>
<b><i>INTRODUCCION</i></b>	<i><b>i</b></i>
<b><i>CAPITULO PRIMERO</i></b>	
<b><i>JOSEPH RAZ Y LA FILOSOFIA DEL DERECHO</i></b>	
1. Preliminaria	3
2. Vida y obra de Joseph Raz	6
3. Importancia de Joseph Raz en el desarrollo de la moderna teoría jurídica	15
<b><i>CAPITULO SEGUNDO</i></b>	
<b><i>EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL DERECHO</i></b>	
1. Preliminaria.	19
2. Métodos para abordar el problema de la naturaleza del derecho.	19
a) El método lingüístico;	21

b) La perspectiva del jurista;	26
c) El método institucional.	33
3. La naturaleza institucional del derecho.	40
4. Conclusiones al segundo capítulo.	54

### ***CAPITULO TERCERO***

#### ***LA AUTORIDAD DEL DERECHO EN LA FILOSOFIA JURIDICA DE JOSEPH RAZ***

1. Planteamiento del problema.	61
2. ¿Qué significa autoridad y qué autoridad tiene el derecho?	64
3. El derecho como un sistema normativo que pretende autoridad.	79
4. ¿Por qué el derecho es obedecido?	82
6. Conclusiones al tercer capítulo.	83

### ***CAPITULO CUARTO***

#### ***EL PROBLEMA DE LOS SISTEMAS JURIDICOS***

1. Introducción.	87
a) La tesis imperativa del derecho.	90
b) John Austin.	91

c) Una propuesta para una teoría de las normas.	93
d) El problema de la individuación de las disposiciones jurídicas.	95
e) Kelsen.	98
2. La teoría de Joseph Raz.	103
a) La estructura de los sistemas jurídicos.	119
b) La identidad de los sistemas jurídicos.	122
c) La existencia de los sistemas jurídicos.	127
3. Fuentes del derecho, normatividad e individuación.	129
a) La tesis de las fuentes del derecho.	132
b) La individuación en general.	134
c) El carácter normativo del derecho	139
4. Conclusiones al capítulo cuarto.	141

## **BIBLIOGRAFIA**

## INTRODUCCION

## INTRODUCCION

La filosofía jurídica, más que una disciplina, desde muy pequeño, se convirtió en mi forma de vivir. Bajo el cobijo del profesor Rolando Tamayo, me fui formando, mucho antes de ingresar a la Facultad de Derecho. Fue con su dirección que leí mi primer libro de filosofía del derecho: *El Derecho y la Ciencia del Derecho. (Introducción a la Ciencia Jurídica)*<sup>1</sup>, con los tópicos y explicaciones filosóficas de las más importantes escuelas del positivismo: La Jurisprudencia Analítica de la Escuela de Oxford (H.L.A. Hart y Joseph Raz), la Escuela del Realismo Escandinavo (Axel Hägertröm y Alf Ross) y por supuesto la Escuela Vienesa de Teoría Pura (Hans Kelsen, Edward Bernatzik, Leonidas Pitamic, Alfred Verdross, Adolf Merkl).

A lo largo de la carrera de licenciado en derecho; entre civiles, penales, laborales y administrativos, mantuve siempre vivas mis lecturas filosóficas, porque a través de ellas lograba mi permanencia en tan difícil profesión y enfocaba en una forma crítica las enseñanzas de mis profesores.

Una de las muchas enseñanzas que adquirí del maestro Tamayo y Salmorán, es que nuestra profesión va más allá de la simple lectura de disposiciones jurídicas y de su llana aplicación. Que detrás de cada disposición del sistema jurídico mexicano, subyacen los conceptos jurídicos fundamentales, la argumentación jurídica, la lógica, el discurso jurídico y que un buen entendimiento de éstos tópicos, nos permitirían determinar con mayor precisión problemas como la interpretación, el razonamiento judicial, la solución de controversias y todas aquellas consideraciones que al abogado interesan en el desempeño de su profesión.

Sin duda, para muchos de mis compañeros y profesores, las cuestiones filosóficas no eran más que simple esoterismo. Este era el reto: mostrar la importancia de la filosofía jurídica para la comprensión y estudio de las demás

---

<sup>1</sup> México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas 1986.

justifica un fallo judicial es derecho. El método institucional trata de presentar un análisis de una institución que debe ser aceptada como el análisis del derecho.

Para el método institucional, la intuición básica es el punto de partida para una mayor reflexión crítica, dado que resulta acertado identificar al derecho con las actividades características de los sistemas judiciales y que éstos son guiados por consideraciones positivas válidas, cuya existencia y contenido pueden ser determinadas sin recurrir a ningún argumento moral.

Posteriormente abordamos el problema de la autoridad del derecho, según la filosofía jurídica de Joseph Raz. En este análisis tratamos de explicar el significado de autoridad; la autoridad que tiene el derecho; el derecho como un sistema normativo que pretende autoridad y porqué el derecho es obedecido.

El argumento que pretendemos sostener en esta parte del trabajo, es el de la significación jurídica de autoridad, que presupone la idea de una investidura, de una potestad, o facultad que indica el poder o capacidad de alguien para modificar la situación jurídica existente. En este capítulo, fundamentalmente nos basamos en las obras de Raz acerca de la autoridad: *The Authority of Law*<sup>2</sup>, y sus argumentos sobre la autoridad moral del derecho. Tratamos de mostrar cómo el concepto de autoridad es compatible con el de autonomía y de racionalidad y cómo la obediencia al derecho no significa una renuncia al juicio propio.

El derecho como institución social, manifiesta su autoridad en formas diversas. La autoridad del derecho es independiente de cualquier otro tipo de autoridad; es exclusiva, excluyente, primaria; proscribida o legitima las actividades de las demás instituciones sociales.

El problema de la autoridad del derecho y de cómo las razones autoritativas son una clase especial de razones para actuar, son temas centrales en las explicaciones de Raz. Lo fundamental, pese a las críticas, es que Raz

---

<sup>2</sup> *Essays on Law and Morality*. Clarendon Press, Oxford, 1979.

El trabajo que someto a su consideración, sin duda tiene más fallas que aciertos; sin embargo, lo aprecio más que como un requisito de titulación, como un acercamiento, como una incursión en tan compleja disciplina.

Personalmente, esta tesis me deja más de lo que yo pudiera aportarle. El trabajo es analítico más que constructivo, es para la discusión, para el debate; creo es un modesto intento de acercar en los trabajos recepcionales, la filosofía del derecho.

Me esforcé por construir un trabajo que permitiera entender, desde la perspectiva analítica, tres problemas medulares de la filosofía jurídica. La crítica y el debate, me mostrarán si el objetivo se cumplió, si se cumplió parcialmente o si habrá que sentarse a reformularla.

A lo largo de mi vida, he recibido infinidad de muestras de cariño. Me siento afortunado en contar con amigos que no sólo saben dar un consejo, sino también forman; soy parte de cada uno de ellos. A Carlos, Carolina, Cuitláhuac, Daniel, Erasmo, Juan Adolfo, Julio, Lorenzo, Nadia, Paloma, Oscar, Ramón, Xóchitl, mi reconocimiento y cariño. Gracias por demostrarme que la amistad es mucho más que simple permanencia en el tiempo y por enseñarme que los hermanos se encuentran también fuera de la familia.

Académicamente, mi maestro es el doctor Tamayo, a él todo mi filial cariño, admiración, respeto y agradecimiento por haberme hecho un hombre de bien. A Lety Bonifaz, querida amiga, mi gratitud por todas las atenciones, comentarios y buenos momentos que en la realización de esta tesis y en mi vida he recibido.

En mi camino he convivido con personas a las que debo disciplina y madurez. A Cielito Bolívar, Carlos Pérez, Carmela Vázquez, Ezequiel Guerrero, Mariela Jiménez y Yolanda Valenzuela, mi respeto y disposición incondicional.

**CAPITULO PRIMERO**

**JOSEPH RAZ  
Y LA FILOSOFIA DEL DERECHO**

## **JOSEPH RAZ Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO**

**SUMARIO:** 1. *Preliminaria* 2. *Vida y obra de Joseph Raz* 3. *Importancia de Joseph Raz en el desarrollo de la moderna teoría jurídica*

### **1. Preliminaria**

Dentro de la moderna teoría jurídica, hay dos modelos positivistas que revolucionaron el estudio del derecho y de los problemas de la dogmática jurídica en el presente siglo, el de Hans Kelsen y el de H. L. A. Hart.

Durante el presente milenio, dice Kurt G. Bayer, ningún jurista ha conseguido un puesto tan significativo por su contribución a la ciencia del derecho como Hans Kelsen,<sup>1</sup> tanto por su modernización como por su nueva formación conceptual, que lo llevaron a participar, de forma decisiva, en la configuración de un nuevo patrimonio de ideas jurídicas.

---

<sup>1</sup> Hans Kelsen nació en Praga el 11 de octubre de 1881 y murió en Berkeley, California, EUA, el 19 de abril de 1973. Sobre la vida y obra de Hans Kelsen, véase Bayer, Kurt G. "Hans Kelsen. Vida y Obra", en *Seminario Internacional sobre la obra de Hans Kelsen*, traducción, presentación y notas de Rolando Tamayo y Salmorán, Hans Kelsen Institut-Stiftung, Viena. Fiscalía General de la República de Cuba, (en prensa). Véase en el mismo volumen la *Introducción* de Ulises Schmill Ordóñez, en la que hace una brillante semblanza de los trabajos y evolución del pensamiento kelseniano.

Sobre la obra de Hans Kelsen se ha escrito mucho y se ha hablado aún más. Kelsen mismo, siempre estuvo convencido de haber acelerado el ritmo de la evolución de esta disciplina al poner en estrecho contacto la conciencia jurídica con el fructífero centro de todo conocimiento: la filosofía.

Cuando Kelsen reconoció el orden jurídico como un sistema de normas y el Estado como un orden jurídico, entró indiscutiblemente en contradicción con muchos autores de renombre. Pero cualesquiera que sean las opiniones sobre la doctrina de Kelsen, hay que reconocer su dedicación como tratadista y su enorme contribución al perfeccionamiento de la ciencia jurídica.

Kelsen fue producto típico de su época; su preocupación central consistió en liberar a la ciencia jurídica de elementos ajenos, ideológicos, ético-políticos y sociológicos. Si ella se califica como teoría "pura" del derecho, es porque pretende garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el derecho, y porque pretende eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenece al objeto señalado como derecho; es decir: *quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos extraños.*

Kelsen es el jurista del siglo XX. Sus trabajos son una importante contribución teórica, ante la cual hay que tomar posición. Quizá la actitud más conveniente, en este sentido, sea la que recomienda Karl Popper: la actitud crítica.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Una actitud crítica implica que debe entenderse la teoría pura del derecho de modo completo y sistemático, de buena fe, sin deformarla, sin imaginarla ni darle una fisonomía que no tiene, hecha al tamaño especial del adversario.

H. L. A. Hart,<sup>3</sup> por su parte, fue un destacado miembro del nuevo movimiento filosófico denominado "Filosofía de Oxford", que constituyó la forma dominante de filosofar en Gran Bretaña, en los años de la postguerra. Hart propició el resurgimiento del interés en la filosofía del derecho en el mundo de habla inglesa. Sus tesis, se convirtieron en tema central del debate sobre la naturaleza del derecho y sus conexiones con la moral.<sup>4</sup>

Dice Neil MacCormick que Hart, al escribir su *The Concept of Law*, ha construido, junto con los trabajos de Kelsen, las grandes obras de la filosofía del derecho del siglo veinte.<sup>5</sup> Estos estudios son epistemológicamente apropiados para explicar cualquier derecho positivo. En Hart, no aparecen cuestiones permeadas de consideraciones políticas. Hart es un jurista positivo; la tesis de la separación entre la moral y el derecho fue sostenida y defendida en famosas polémicas, principalmente con Lon L. Fuller. Como quiera que sea, y a pesar de las críticas, habrá que convenir que las invaluable aportaciones de Hart a la filosofía del derecho, son el análisis de los conceptos jurídicos.

---

<sup>3</sup> Nació en 1907. Estudió en *Cheltenham College* y en *Bradford Grammar School*. Posteriormente estuvo en el *New College (Oxford University)* donde realizó estudios clásicos de historia antigua y filosofía. Se graduó en Oxford en 1929. Durante la Segunda Guerra Mundial, Hart ingresa al Servicio de Inteligencia Británico. Al terminar la guerra, Hart ingresa como *Fellow* en el *New College*. En 1952 es designado profesor de la Cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oxford. En 1959, junto con Honoré publica *Causation in the Law*, que es una explicación de los usos jurídicos de los conceptos y de cómo ocurren en el discurso ordinario. En 1961, Hart publica su libro fundamental: *The Concept of Law*, en el que ofrece un análisis de los conceptos de derecho y de orden jurídico, explicando las formas en que las reglas de conducta son usadas como patrones sociales. En esta obra, Hart analiza cómo interactúan las normas y cómo es que éstas forman sistemas dentro de los cuales adquieren sentido los enunciados normativos. En 1968, Hart deja la cátedra de *jurisprudence* de Oxford y se convierte en *Senior Research Fellow* en *University College*. De 1972 a 1978 fue *Principal* de *Brasenose College*, en Oxford. Dirige la investigación de los trabajos de Jeremy Bentham. Miembro de la Academia Británica. Muere en 1994.

<sup>4</sup> Vid. Raz, Joseph. "H.L.A. Hart", en H.L.A. Hart y el Concepto de Derecho, en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, Núm. 28, Primer Semestre, 1986.

<sup>5</sup> MacCormick, Neil. *H.L.A. Hart*, Londres, Edward Arnold, 1981, p. 3.

Nuestro interés por iniciar este trabajo recepcional con un brevísimos acercamiento a las teorías jurídicas de Kelsen y Hart, es porque Joseph Raz y su filosofía jurídico-analítica de la que se ocupará esta investigación, hace una disección y las más de las veces reformulación de las teorías de Kelsen y de Hart, su maestro y prototipo a seguir.

Los estudios de Raz, son sin duda complejos, pero introducen elementos que ayudan a esclarecer los problemas planteados; éste es un rasgo característico de Raz: hacer comprensibles los problemas, porque esto representa, según él, la mitad de la solución a los mismos.

Raz analiza posturas teóricas que han pretendido solucionar los problemas; este análisis, lleva a Raz a criticar errores (de método, de planteamiento), que se cometieron en esas soluciones y explica nuevas alternativas de solución.

## 2. Vida y obra de Joseph Raz<sup>6</sup>

Joseph Raz nació en Tel Aviv el 21 de marzo de 1939. En 1963 recibe el *Master of Jurisprudence* en la Universidad Hebrea de Jerusalén; en 1967 su doctorado en filosofía en la Universidad de Oxford. De 1962 a 1964, practicó la profesión jurídica. De 1967 a 1971, fue *lecturer* de derecho y filosofía en la Universidad Hebrea, donde en 1972, se convierte en *senior lecturer*. De 1969 a

---

<sup>6</sup> Los datos biográficos, han sido tomados fundamentalmente del trabajo de Tamayo y Salmorán Rolando. "La teoría de los Sistemas Jurídicos de Joseph Raz", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XIV, número 42, pp. 1147-1195 y de una entrevista a Joseph Raz, por Juan Ruiz Manero, en *Doxa, Revista de Filosofía del Derecho*, 9, 1991, pp. 321-344.

1970 fue *lecturer* de filosofía política de la Universidad de Haifa. De 1970 a 1972 fue *senior research fellow* en el *Nuffield College* de la Universidad de Oxford. Desde 1972 es *fellow* y *tutor in Law* en el *Balliol College* de la Universidad de Oxford. Ha sido profesor visitante en varias universidades de Europa, Estados Unidos y América Latina.

Siendo estudiante, a Joseph Raz lo animaron a especializarse en filosofía jurídica sus profesores de la Universidad Hebrea. E. Posnanski,<sup>7</sup> fue quien más interés tomó en el inquieto joven Raz, y fue él quien más influyó en la decisión de Raz para dedicarse a tan complicada profesión.

Raz deseaba estudiar filosofía, pero por temor al desempleo decidió estudiar Derecho. Al enterarse del deseo de Raz, el profesor Posnanski lo animó a estudiar simultáneamente en ambos departamentos con el objeto de encontrar al especialista en filosofía jurídica que la Universidad Hebrea requería.

Cuando Raz se licenció en Derecho, Edek le dijo que el siguiente paso era ir a Oxford, en donde enseñaba el mejor filósofo del Derecho contemporáneo, H. L. A. Hart. Para entonces, Raz sabía poco de filosofía jurídica contemporánea. Por ello Edek, le hizo escribir un trabajo de análisis de Hart y Scarpelli acerca de los términos jurídicos.

---

<sup>7</sup> Edek, como lo conocían sus amigos fue discípulo de la escuela polaca de los años 20 y 30, y en particular de Kutarbinski. En la época en que Raz estudió su profesión, él era Secretario General de la Universidad Hebrea e impartía también seminarios avanzados de filosofía

El profesor Bar-Hillel, un discípulo y amigo de Carnap, fue el profesor de filosofía que más influyó en Raz. Desde joven, Joseph Raz estuvo destinado a la filosofía jurídica y cuando llegó la oportunidad de ir a Oxford con una beca del *British Council*, no dudó y se marchó a Inglaterra.

Para entonces, Hart era el profesor y autor de filosofía práctica más incisivo y elegante de Oxford y de todo el mundo de habla inglesa. Hart en Oxford, estaba en su cenit, era líder indiscutible en el mundo de la filosofía.

La influencia de Hart en Joseph Raz, no se limitó de ninguna manera a sus ideas, Hart es también quien representaba un modelo del buen hacer académico. Bajo la tutoría de Hart, Raz elaboró su tesis doctoral que posteriormente se convertiría en uno de sus más importantes trabajos y contribuciones a la explicación de los sistemas normativos del tipo jurídico: *The Concept of a Legal System*.

Raz ha publicado cinco libros:

i) *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1970. La segunda edición apareció en 1980.<sup>8</sup> Este libro, dice Dwyer es difícil, formidable y desafiante; Raz es lacónico e introduce a la filosofía jurídica, teorías, conceptos, distinciones y argumentos que utiliza la filosofía contemporánea. El libro se basa en su tesis

<sup>8</sup> Existe traducción italiana de Paolo Comanducci: *Il concetto di sistema giuridico. Un'introduzione alla teoria del sistema giuridico*. Bologna. Il Mulino. 1977. También hay una traducción al español de Rolando Tamayo y Salmorán: *El Concepto de Sistema Jurídico. Una introducción a la Teoría del Sistema Jurídico*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1986

doctoral, dirigida por H.L.A. Hart, por lo que no nos extraña encontrar una marcada influencia de éste. Kelsen está presente en este libro; las más de las veces, su teoría está reformulada.

ii) *Practical Reasons and Norms*, Londres, Hutchinson of London, 1975. La segunda edición fue publicada por Princenton University Press, 1990.<sup>9</sup> Este libro contiene un estudio de teoría de las normas; Raz ofrece un análisis de los tipos de normas y sus principales características lógicas; lo que conduce a Raz al análisis de los sistemas normativos (como sistemas de normas). En este trabajo Raz trata de mostrar cómo la unidad de los sistemas normativos consiste en modelos de relaciones lógicas entre sus normas. Especial atención plantea Raz, sobre el análisis de un sistema normativo en particular: el constituido por normas jurídicas. Para el *Don de Balliol College* el concepto clave de su teoría de las normas lo constituye el de razones para la acción; su tesis central de este libro: *algunas clases de reglas son razones para la acción de un tipo especial*.

iii) *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979.<sup>10</sup> Raz defiende una versión del positivismo que explica la doble naturaleza del derecho: como un orden social y como un orden normativo. La tesis que defiende Raz considera al derecho como un sistema

---

<sup>9</sup> Existe versión española de Juan Ruiz Manero: *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

<sup>10</sup> Existe versión española de Rolando Tamayo y Salmorán, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre moral y derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, con una reimpresión en 1985.

normativo que "pretende" autoridad legítima. El libro se compone de cuatro partes. La primera, se ocupa del estudio de la autoridad y de las pretensiones de autoridad del derecho. Este capítulo está íntimamente relacionado con el cuarto, el cuál propone un argumento constructivo que establece la naturaleza de la autoridad moral del derecho o mejor sobre las condiciones que el derecho tiene que satisfacer para merecer respeto moral. En la segunda y tercera partes del libro, Raz critica los intentos para establecer una relación conceptual entre derecho y moral, que proporcionen al derecho una autoridad moral.

iv) *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986. Este libro es sobre la preocupación liberal acerca de la libertad y sus presupuestos morales. Raz discute en esta obra, la naturaleza de la libertad y de la autoridad en general y de la autoridad política en particular. Examina el papel del valor de la neutralidad, de los derechos, de la igualdad y de la prevención del daño en la tradición liberal. Raz relaciona estos conceptos con los problemas fundamentales de la moral; los valores con las formas sociales; la commensurabilidad de los valores y la relevancia de la responsabilidad personal. El autor, considera las implicaciones políticas de autonomía como presupuestos de los valores del pluralismo y delinea el alcance y los límites de una doctrina perfeccionista de tolerancia.

v) *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994. La mayoría de los ensayos contenidos en este libro, muestran la aplicación de la tesis general sobre la moralidad y el derecho en los problemas políticos y jurisprudenciales. Raz quiere indicar que la preocupación primaria de la moralidad política es la protección y la

*promoción del bienestar de la gente*. El énfasis de este libro, dice Raz, es constructivo, más que polémico. El libro examina dos aspectos importantes del bienestar: la importancia de los miembros en grupos y la implicación del carácter activo del bienestar. Raz analiza estos aspectos del bienestar y sus implicaciones morales y políticas asumiendo que la promoción y protección del bienestar, es tarea primordial de la acción política, *i. e.*, ambos aspectos del bienestar adquieren mucho alcance en las implicaciones políticas. La segunda parte del libro, Raz la dedica a la importancia del entendimiento de la naturaleza del derecho. Según Raz no debe sorprendernos, que la preocupación central sea la relación entre el derecho y la moral. Hay dos problemas que Raz otorga especial mención; en el primero, expone el argumento de que el derecho es susceptible de ser identificado solamente por referencias a hechos sociales. El segundo tema es un intento de explicación del aspecto dinámico del derecho.

Raz también es editor conjuntamente P.M.S. Hacker de *Law, Morality and Society; Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1977; de *Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 1979 (Oxford Readings in Philosophy)<sup>11</sup> y *Authority*, Blackwell, Oxford, 1990.

De sus artículos cabe mencionar. "On Wittgenstein's and Cassirer's Philosophies of Languages", en *Iyun*, 1965, pp. 69-99; "Austin and the Sovereign's Power", en *Mishpatim* 1, 1970, pp. 372-379; "Legal Principles and Judicial Discretion", en *Mishpatim* 2, 1970, pp. 372-379; "On Lawful Government", en *Ethics* 80, 1970, pp. 296-305; "The Identify of Legal Systems", en *California Law Review*, núm. 59, 1971, pp. 795-815, (Existe

<sup>11</sup> Existe traducción al español de Juan José Utrilla, *Razonamiento Práctico*. Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

traducción española de Rolando Tamayo y Salmorán: "La identidad del sistema jurídico", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año VII, núm. 19, 1974, pp. 139-164); "Voluntary Obligations and Normative Powers", en *Aristotelian Society*, Supplementary volume XLVI, 1972, pp. 79-102; "Legal Principles and the Limits of Law", en *The Yale Law Journal* núm. 81, 1972, pp. 823-858 (apareció también en *Philosophy of Law*, ed. por Feinberg y H. Gross, Londres, Dickenson, 1975 y en M. Cohen, *Dworkin and Contemporary Juris.* Rowman & Allanhead, Totowa N. J., 1984); "Prof. Ross and Same Legal Puzzles", en *Mind* núm. 81, 1972, pp. 415-421; "The Functions of Law", en *Oxford Essays in Jurisprudence*, ed. por A. W. B. Simpson, 2a. serie, Oxford, Oxford University Press, 1973, pp. 278-304; "Reason for Action, Requirement and Conflict", en *Practical Reason*, ed. por E. Körner, New Haven, Yale University Press, 1975, pp. 22-35; "Kelsen's Theory of the Basic Norm", en *The American Journal of Jurisprudence*, 1974, pp. 94-111; "Permissions and Supererogation", en *American Philosophical Quarterly*, 1975, pp. 161-168; "The Institutional Nature of Law", en *The Modern Law Review*, 1975, pp. 489-503; "Reasons, Decisions and Norms", en *Mind*, 1975, pp. 481-499; "The Rule of Law and its Virtue", en *The Law Quarterly Review*, 1977, pp. 195-211, también apareció en R. L. Cunningham (Ed.), *Liberty and the Rule of Law*, Texas A & M University Press, 1979 y una selección en *Constitutional Law in Malasaya and Singapore*, Ed. by Kelvin Tan Yew Lee et al., Butterworks, 1991; "Legal Validity", en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* Bd. LXIII/3, 1977, pp. 339-352; "Promises and Obligations", en *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, cit.; "Legal Reasons, Sources and Gaps", en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie Beiheft* Nr. 11, 1977, pp. 197-215; "Authority and Consent", en *Virginia Law Review* núm. 67, 1981, pp. 103-131. (Existe versión española de Eugenio Bulygin, Carlos S. Nino y Martin

D. Farrell, eds.: "Autoridad y consentimiento", en *El lenguaje del derecho. Homeneaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983); "The Inner Logic of Law", en *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart (Reason & Experience in Contemporary Legal Thinking)*, Ed. by T. Eckhoff, L. M. Friedman & J. Uusitalo, Rechtstheorie supplementary Vol. X, Berlin, Duncker and Humblot, 1986. (Originalmente publicado en italiano *Materiali per una storia della cultura giuridica* 14, 1984, p. 381). "Kelsen's General Theory of Norms", en *Philosophia*, 1976, pp. 495-504; "On Legitimate Authority", en R. Bronaugh (Ed.), en *Philosophical Law*, Greenwood Press; "Prof. Dworkin's Theory of Rights", en *Political Studies* núm. 26, 1978, pp. 123-137; "Principles of Equality", en *Mind*, 1978, pp. 321-342; "Introduction to Practical Reasoning", in *Practical Reasoning*, cit.; "Sources, Normativity and Individuation", en *The Concept of a Legal System*, cit.; "Promises in Morality and Law". Recensión de Atiyah. Promises, Morals and law, en *Harvad Law Review* núm. 5, 1982, p. 916; "The Purity of the Pure Theory", en *Revue Internatinal de Philosophie* núm. 35, 1981, pp. 441-459, apareció también en R. Tur & W. Twining (Eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford University Press, 1986 y en Lloyd's, *Introduction to Jurisprudence*, 5a. edición, Stevens, Londres 1984; "Liberalism, Autonomy and the Politics of Neutral Concern", en *Midwest Studies in Philosophy*, VII, 1982, pp. 89-102; "The Claims of Reflective Equilibrium", en *Inquiry* 25, 1982, p. 307; "The problem about of the Nature of Law", en *Contemporary Philosophy. A New Survey*, vol. 3 Nijhoff, 1983, p. 107, también apareció en *University Western Ontario Law Review*, núm. 21, 1983, pp. 203-218 y en Lloyd's, *Introduction to Jurisprudence*, cit.; "Hart on moral Rights and Legal Duties", en *The Oxford Journal Legal Studies* 4, 1984, pp. 123-131; "Legal Rights", en *The Oxford Journal Legal Studies* 4, 1984, p. 1; "On the Nature of Rights", en *Mind* 93, 1984, 194-214; "Postscript to Legal

Principles and the Limits of Law", en M. Cohen (Ed.), *Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Rowman and Allanhead; "Right-based Morality", en J. Waldron (Ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984, también se publicó en R. Frey (Ed.), *Unity and Rights*, Minnessota Univesity Press y Blackwells, Oxford, 1984; "The Obligation to Obey; Revision and Tradition", en *Notre Dame Journal of Law Ethics & Public Policy* 1, 1984, p. 139; "Authority and Justification", en *Philosophy & Public Affairs* 14, 1985, p. 3, apareció también en Ishai Menuhid (Ed.), *On Democracy and Obedience*, 1990 y en *Authority*, Blackwells, Oxford, 1990; "Authority, Law and Morality", en *The Monist* 68, 1985, p. 295; "The Morality of Obedience", a Review of Soper "A Theory of Law", *Michigan Law Review* 83, 1985, pp. 732-749; "Obedience and Cynicism", en Gibson & Baldwin (Eds.), *Law in Cynical Society*, Carswell, Calgary, 1985; "Value Incommensurability: some preliminaries", en *Proceedings of the Aris. Soc.* 86, 1985-86, p.117; "Dworkin: A New Link in the Chain", en *California Law Review* 74, 1986, p. 103; "Hart", en *H. L. A. Hart y El Concepto de Derecho*, Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso No. 28, 1986; "Autonomy, Toleration, and the Harm Principle", en R. Gavison, *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Oxford University Press, 1987; "Government by Consent", en *Nomos* 29, 1987, p. 76; "Liberating Duties", en *Law & Philosophy* 8, 1989, pp. 3-21; "Facing Up: A Reply", *Southern California Law Review* 62, 1989, pp. 1153-1235; "Liberalism. Scepticism and Democracy", en *Iowa Law Review* 74, 1989, pp. 761-786; "Facing Diversity: The Case of Epistemic Abstinance", en *Philosophy & Public Affairs* 19, 1990, p. 3; "Rethinking Exclusionary Reasons", en *Practical Reason and Norms*, cit.; "National Self-Determination" (con A. Margalit), en *Journal of Philosophy* 87, 1990, p. 439; "Introduction", en *Authority*, Blackwells, Oxford, 1990; "The

Politics of the Rule of Law", en *Ratio Juris* 3, 1990, p. 331; "Morality as Interpretation", en *Ethics* 101, 1991, p. 392. "Rights and Individual Well-Being", en *Ratio Juris*, 5/2, julio de 1992. "Free Expression and Personal Identification", en *The Oxford Journal of Legal Studies*, 11/3, 1991. "The Relevance of Coherence", en *The Boston University Law Review*, 72/2, marzo de 1992. "On the Autonomy of Legal Reasoning", en *Ratio Juris*, 6/1, marzo de 1993.

### ***3. Importancia de Joseph Raz en el desarrollo de la moderna teoría jurídica***

Los trabajos de Joseph Raz son analíticos, polémicos y constructivos; han contribuido, en gran medida, al desarrollo de la teoría jurídica moderna.

Sus estudios sobre la autoridad del derecho y sobre razonamiento práctico, muestran cómo es que la pretensión "autoritativa" del derecho funciona como una razón "reforzada" en el balance de razones que determina la conducta de un individuo y como el estar sometido a una autoridad no implica necesariamente un consenso.

Raz en su análisis de los sistemas normativos trata de mostrar cómo la unidad de los sistemas normativos consiste en modelos de relaciones lógicas entre sus normas. El concepto clave en la explicación de Raz, lo constituyen el de razones para la acción.

Mención especial merece el tratamiento de Raz al problema de la individuación de las disposiciones jurídicas; ésta constituye, sin duda alguna, su

mayor aportación a la teoría de los sistemas jurídicos. Para Raz, la individuación de las disposiciones jurídicas constituye una condición necesaria para el análisis de una disposición y el sistema jurídico al que pertenece.

Por otra parte, sus trabajos sobre moral y derecho, han sido celebrados por algunos y criticados por otros; sin embargo, creo, estos trabajos muestran, de forma clara, la separación conceptual y la relación contingente, de estos dos diferentes conceptos o de sus implicaciones.

La obra de Raz es indispensable para el estudio de la relación entre moral y derecho, tanto para quienes la sostienen, como para quienes la niegan.

Raz, indudablemente es uno de los filósofos del derecho contemporáneos más importantes. Quien pretenda estudiar filosofía jurídica, tendrá que recurrir a sus trabajos, los cuales, le serán sumamente esclarecedores.

CAPITULO SEGUNDO

**EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL  
DERECHO**

**FALTA PAGINA**

**No 18.a la.....**

## **EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL DERECHO**

**SUMARIO:** 1. Preliminaria. 2. Métodos para abordar el problema de la naturaleza del derecho. a) El método lingüístico; b) La perspectiva del jurista; c) El método institucional. 3. La naturaleza institucional del derecho. 4. Conclusiones al segundo capítulo.

### **1. Preliminaria**

Es característico de las disciplinas filosóficas, la delimitación y esclarecimiento de su propio objeto de conocimiento. Afirma Joseph Raz que la identidad de dichas disciplinas depende, fundamentalmente, de la identidad de su objeto.<sup>1</sup> La filosofía jurídica, en esta tesitura, se encuentra "obligada" al esclarecimiento de la "naturaleza" de su objeto y sobre sus límites.

Respecto de esta autoreflexión de identidad, observa Raz, los filósofos del derecho no han logrado ponerse de acuerdo; no hay respuesta común. Esto último se debe a diferencias que tiene cada científico, en la percepción de la naturaleza de los problemas incluidos en esta cuestión.

### **2. Métodos para abordar el problema de la naturaleza del derecho**

---

<sup>1</sup> Raz, Joseph. "The problem about the nature of law" reimpresión de *The University of Western Ontario Law Review*, vol. 21, Núm. 2, diciembre de 1983, p. 204; del original aparecido en Gottorn, Fløistad (Ed.), *Contemporary Philosophy*, vol. 3, *Philosophy of Action*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers BV, 1983. También apareció publicado como el capítulo 8 en *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994. Existe versión en español de Rolando Tamayo y Salmorán [en prensa].

## EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL DERECHO

En "The problem about the nature of law", Raz se propone esclarecer el problema de la naturaleza del derecho; describe y comenta tres formas comunes de abordar la cuestión sobre ¿qué naturaleza tiene el derecho?²: El método lingüístico, la perspectiva del jurista y el método institucional otorgan una respuesta a la cuestión. Raz formula de manera brillante [desde el enfoque positivista], su postura en cuanto a la naturaleza institucional del derecho.³

*Método lingüístico.* Para quienes siguen este método, como veremos adelante, el problema de la naturaleza del derecho se agota con la determinación de los usos de la palabra 'derecho'.⁴ Sin embargo, desde este punto de vista, dice Raz, la explicación de los diversos significados de 'law' tiene poco que ver con la filosofía jurídica.

*Persepectiva del jurista.* Para el profesor Raz, la naturaleza del derecho, abordada desde este punto de vista, significa identificar la teoría del derecho con una teoría de la decisión judicial, esto, diría Raz, es lo mismo que afirmar que la doctrina de la naturaleza del derecho es una doctrina moral.

*Método institucional.* Cuando Raz aborda el problema desde el punto de vista de este método, e identifica al derecho sin recurrir a argumentos morales, no niega la relación contingente entre moral y derecho, pero sí enfatiza, la

---

² *Idem.*

³ Un estudio que pretenda encontrar la naturaleza del derecho, tiene que satisfacer: i) la condición lingüística de que todos los enunciados jurídicos son afirmables por el uso de la forma 'Jurídicamente p' (Jp); ii) la intuición básica de que derecho son aquellas consideraciones que los tribunales utilizan en la justificación de sus fallos; y iii) pero sólo son derecho las consideraciones positivas válidas, que son identificables en el estadio ejecutivo de la decisión de los órganos primarios.

⁴ Pero no sólo eso, también se preocupan de expresiones semánticas, de cuestiones lógicas o argumentativas, esto bien lo sabe Raz, pero no lo explicita en este trabajo.

separación conceptual entre ambos; los argumentos morales pertenecen a un estadio deliberativo; mientras que el derecho es un conjunto de razones que, según Raz, se encuentra en el estadio ejecutivo.

**a) El método lingüístico.**

Raz, hace una severa crítica y descarta, al método lingüístico como un modelo que permita explicar [por completo o con resultados terminantes] la naturaleza del derecho, porque "la explicación que las funciones de la palabra 'law' da a los iusfilósofos sobre el problema de la naturaleza es solamente sobre un supuesto: que el uso de 'law' en todos los contextos, salvo el que el filósofo del derecho tiene en el centro de su investigación, sea analógico o metafórico o, en algún otro sentido, parasítico y que aquél sea su significado paradigmático.

"<sup>5,6</sup>

'Law' es la palabra en la que centran su atención aquellos que adoptan el método lingüístico, quienes, afirma Raz, se enfrentan al aplastante problema de que dicha palabra es usada en multitud de contextos no-jurídicos, y son precisamente estos usos los que no interesan a la filosofía del derecho y que además, en nada esclarecen el problema de la naturaleza del derecho.

---

<sup>5</sup> Raz, Joseph. "The problem about the nature of law", *cit.*, p. 205

<sup>6</sup> Efectivamente, no hay razones para pensar [o creer] que el concepto paradigmático de derecho sea el que se utiliza en el contexto jurídico. Mas bien debía limitarse, como lo hacen los que sostienen este modelo, a qué es lo que entiende la profesión jurídica [y sólo la profesión jurídica] cuando habla de derecho, *i.e.*, no importa [o no debe de importar] al filósofo del derecho, en qué contextos pueda ser usado el término; lo que a la filosofía jurídica le debe ser relevante, es sólo el contexto en el que los juristas usan tal expresión.

Según Raz, John Austin fracasa en su análisis, no por adoptar el modelo del derecho como mandato general, sino porque no hay razón para considerar que el discurso sobre las leyes puramente teóricas (leyes naturales) sean extensiones parasíticas del discurso sobre leyes puramente prácticas (leyes jurídicas). Además, al considerar normas puramente prácticas, parece no haber razón para dotar a las normas jurídicas y a sus especiales características un status preferencial comparadas con las normas morales.

De esta forma Joseph Raz es categórico al afirmar que la explicación del sentido de la palabra 'law' (derecho positivo) tiene poco que ver con la filosofía jurídica.<sup>7</sup>

Cabe aclarar aquí que aunque Raz tiene razón en que la explicación de los significados de la palabra 'derecho', si no son el objeto exclusivo de la filosofía jurídica, sí le interesa y es su objeto de estudio. Pensamos en la labor que desempeñan los juristas cuando hacen ciencia del derecho,<sup>8</sup> *i. e.*, la

---

<sup>7</sup> Raz, Joseph. "The problem about the nature of law", *cit.*, p. 205

<sup>8</sup> Ciencia del derecho, según el profesor Rolando Tamayo designa entre otras expresiones cualquiera de las dos siguientes situaciones o ambas:

i) que existen ciertos hombres denominados juristas que se ocupan del estudio, análisis, investigación o descripción de algo, donde ese algo es denominado 'derecho'; y

ii) que existen un conjunto de enunciados, resultado de la labor de los juristas los cuales versan sobre algo, que de igual modo, es designado por la palabra 'derecho'.

La filosofía de la ciencia o mejor, la filosofía jurídica normalmente se entiende como una actividad intelectual que reflexiona sobre las cuestiones fundamentales de la explicación jurídica. Es un sector de la filosofía en general que examina los problemas jurídicos fundamentales. Esta disciplina es diferente de aquella que describe directamente el derecho.

Existe afortunadamente, dice Tamayo y Salmorán, una otra concepción, más técnica y más rigurosa para la que el objeto específico de la filosofía de derecho lo constituye la dogmática jurídica, *i. e.*, el examen de los dogmas y presupuestos que subyacen detrás de los conceptos y métodos de la dogmática jurídica, así como de sus implicaciones. *Cf.* Tamayo y Salmorán, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica)*, Editorial Themis, México, 1992, p. 294

dogmática jurídica como disciplina que se ocupa de determinar y describir el material reconocido como derecho sin cuestionar su validez. En este sentido, sí es importante saber qué características tienen presente los juristas cuando usan tal expresión, mejor, qué es lo que entienden los juristas cuando describen su objeto. Así, podría pensarse que el interés filosófico sobre los usos lingüísticos del derecho es de forma indirecta o relativizada al contexto jurídico, dado que a la filosofía jurídica interesa sobremanera la labor científica del jurista, *i.e.*, cómo es que describe, con qué métodos y técnicas hace ciencia jurídica. Con esto no queremos decir que el filósofo del derecho se encargue de resolver los problemas del jurista, sino que en su análisis debe tomar en cuenta lo que el jurista está entendiendo cuando resuelve una cuestión jurídica.

La filosofía jurídica deviene una reflexión de segundo orden, una disciplina metateórica que proporciona un análisis de los conceptos y de los métodos de la dogmática jurídica. Con esta perspectiva considero, que si bien el método lingüístico no lleva a resultados concluyentes; las funciones o papeles que desempeña el sentido de la palabra derecho, sí es el punto de partida más sensato al abordar el problema del derecho, porque es precisamente este método el que limita la aceptabilidad de teorías.

Sin embargo, dice Raz, hay otros términos que no son usados en contextos teóricos y prácticos ajenos al derecho; términos que parecen estar excluidos de usos morales y pese a ello, interesan esencialmente al filósofo del derecho. Estos términos son "jurídico" y "jurídicamente".

#### EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL DERECHO

Explica Joseph Raz que 'jurídicamente' es un operador oracional en todos los enunciados jurídicos, lo que equivale a afirmar que *'jurídicamente p'* es la fórmula general de todos los enunciados jurídicos.

Raz recurre a ejemplificar el funcionamiento de 'jurídicamente' como operador oracional de la siguiente forma:

i) Algunos operadores como 'el derecho es que' y 'de conformidad con el derecho' son sinónimos de 'jurídicamente'.

E.g. 'La norma es jurídicamente válida' es equivalente a 'Jurídicamente la norma es válida'.

ii) También 'jurídico' puede ser definido en términos de 'jurídicamente'.

E.g. 'x tiene el deber jurídico a  $\emptyset$ ' es lógicamente equivalente a 'jurídicamente x tiene el deber a  $\emptyset$ '.

iii) Hay predicados jurídicos que son usados únicamente en la elaboración de enunciados jurídicos. De esta forma cualquier oración que contenga un predicado puramente jurídico es equivalente a 'jurídicamente p'.

E.g. 'El tiene los derechos de autor' es lógicamente equivalente a 'jurídicamente, él tiene los derechos de autor'.

iv) Las oraciones que contienen predicados semi-jurídicos ('propiedad', 'matrimonio', 'contrato') que son usados normalmente para hacer enunciados

jurídicos, también pueden usarse en otros contextos (no-jurídicos) aquí no son lógicamente equivalentes a las oraciones que resulten de ellas al anteponerles 'jurídicamente'.

E.g. 'Mi hijo está en lo correcto al decir que el libro es de su propiedad' no es lógicamente equivalente a decir 'Jurídicamente mi hijo está en lo correcto al decir que el libro es de su propiedad'.

En la primera oración, el predicado semi-jurídico está empleado en un contexto no-jurídico, porque sólo modifica la expresión sobre algo, mientras que en la segunda, categóricamente la razón para calificar como jurídica la expresión, es que el libro pertenece [legítimamente (obtenida por algún medio jurídico) en propiedad] a quien dice que es de su propiedad.

v) Los enunciados jurídicos frecuentemente son hechos por el uso de oraciones deónticas. Cuando una oración deóntica, es usada para hacer un enunciado jurídico es lógicamente equivalente a un enunciado hecho mediante la forma 'jurídicamente p'.

E.g. 'Está prohibido ø' es lógicamente equivalente a 'jurídicamente está prohibido ø'.

En principio, pareciera que todos los enunciados jurídicos pueden ser expresados por oraciones de la forma 'jurídicamente p'; este juicio dice Raz se basa en una noción intuitiva de 'enunciado jurídico'. Por tanto, se puede afirmar que cualquier teoría sobre la naturaleza del derecho tiene que observar la

condición lingüística de que *todos los enunciados jurídicos son afirmables por el uso de oraciones de la forma 'jurídicamente p'*;<sup>9</sup> pero se tiene que rechazar que la teoría de la naturaleza del derecho es simplemente una investigación del significado de 'jurídicamente'.<sup>10</sup>

Al respecto, dice Raz que no todas las oraciones usadas frecuentemente para hacer lo que intuitivamente consideraríamos que son enunciados jurídicos, pueden ser analizadas en términos de *'jurídicamente p'*. De igual forma, no todos los enunciados hechos habitualmente mediante el uso de oraciones de la forma *'jurídicamente p'* son intuitivamente considerados como constituyendo enunciados jurídicos en un sentido relevante para la filosofía jurídica.

Raz reconoce que las consideraciones lingüísticas limitan la aceptabilidad de las teorías, pero afirma que la investigación sobre la naturaleza del derecho no es un estudio del significado de ningún término o familia de términos.

#### **b) La perspectiva del jurista (lawyers' perspective).**

Desde el punto de vista del jurista, el derecho consiste, en realidad, sólo en consideraciones apropiadas para que los tribunales fundamenten en ellas sus resoluciones.

---

<sup>9</sup> Raz, Joseph. "The problem about the nature of law", *cit.*, p. 206

<sup>10</sup> Esto es algo muy claro: al explicar la naturaleza del derecho, el método lingüístico no da una respuesta concluyente, simplemente es un muy buen punto de partida que limita la aceptabilidad de teorías.

En esta segunda forma común de abordar el problema de la naturaleza del derecho, *lawyer* o jurista comprende a jueces, abogados, autores y profesores de derecho.

Raz propone la intuición básica. Los filósofos del derecho adoptan este punto de partida, presuponen que *el derecho tiene que ver con aquellas consideraciones que son apropiadas para que los tribunales se basen en ellas al justificar sus decisiones.*

La mayoría de los teóricos del derecho tienden a ser juristas y sus lectores y seguidores son generalmente estudiantes de derecho. De manera muy natural y casi imperceptiblemente asumen la perspectiva del jurista. Los abogados, cuya principal actividad se vincula con el litigio, generalmente, también, realizan otro tipo de actos (celebran negocios, redactan convenios, etc.), con el propósito de prever el resultado probable de un litigio potencial, y adoptan, en consecuencia, de la misma forma que los teóricos, la perspectiva del jurista y su intuición básica.

Raz señala que Kelsen adopta la perspectiva del jurista sin estar consciente de ello. Pareciera que el propio Kelsen siguiera una combinación del método lingüístico<sup>11</sup> y del método institucional;<sup>12</sup> Raz cree, sin embargo, que el

---

<sup>11</sup> "... Cualquier intento por definir un concepto tiene que tomar como punto de partida el uso común de la palabra que denota el concepto en cuestión" Cfr. Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1949. Reimpresión de 1983, p. 4

<sup>12</sup> "... Al definir el concepto del derecho tenemos que empezar examinando las siguientes preguntas: ¿los fenómenos sociales, generalmente llamados derecho, presentan una característica común que lo distingue de otros fenómenos sociales de naturaleza similar? ¿Es esta característica de tal importancia que pueda convertirse en un concepto que sirva para el conocimiento de la vida social? Cfr. *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 4

profesor vienés nunca examinó seriamente una tesis lingüística, más bien, asumió dogmáticamente, sigue pensando Raz, que el derecho es la única institución social que hace uso de las sanciones.

Kelsen insiste en que la teoría jurídica tiene que ser una "teoría pura", en el sentido de no contener sincretismo metódico. La teoría jurídica es pura, según Kelsen, si está libre de argumentos morales y de descripciones sociológicas.

Kelsen es muy claro cuando afirma que su teoría pura "quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños... Quiere obtener solamente conocimientos orientados hacia el derecho y ...desea excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico... Cuando la teoría pura emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a otras disciplinas, no lo hace por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto".<sup>13</sup>

Para Kelsen, es un requisito esencial que la teoría del derecho sea científica. La actividad del teórico del derecho, y de la jurisprudencia como dice Austin, consiste en el estudio del derecho positivo, del derecho propiamente hablando.<sup>14</sup> Kelsen no se refiere a que los actos que crean o

---

<sup>13</sup> Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, traducción del original del alemán de Roberto J. Bernengo, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979, p. 15.

<sup>14</sup> Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York. Burt Franklin, 1970. Citado por Tamayo y Salmorán Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*, cit., pp. 35 y sigs.

aplican el derecho, no tengan motivación o efectos no jurídicos (*i.e.* morales, económicos, políticos, etc.), sino que una descripción de un derecho determinado, debe hacerse sólo con el arsenal conceptual que la teoría jurídica ha desarrollado como paradigma de la ciencia jurídica.

Joseph Raz, después de aludir con la teoría de Kelsen, a los filósofos del derecho que adoptan la perspectiva del jurista, sin estar conscientes de ello, continúa su análisis sosteniendo que si la intuición básica arriba apuntada es cierta, habría que convenir que todas las normas estarían dirigidas a los tribunales; que todas las normas establecen un recurso judicial (su procedibilidad o improcedibilidad) o que toda norma determina el resultado de toda clase de controversias potenciales.

La intuición básica, expresa que el derecho tiene que ver con las razones que los tribunales toman en cuenta al justificar sus fallos, pero esto no quiere decir que el derecho sea la única razón que justifica un fallo judicial; hay razones extrajurídicas que también los fundamentan, de la misma forma que hay derecho que no justifica una decisión judicial.<sup>15</sup>

Permitaseme explicar lo anterior; pensemos en la obligación que tiene el juez de resolver un determinado litigio, para lo cual no existe una norma jurídica (legislación, precedentes judiciales, costumbre jurídica, etc.) que prevea una probable solución y en donde los argumentos esgrimidos por las

---

<sup>15</sup> P. ej. las convenciones constitucionales que regulan las relaciones entre los órganos del gobierno, no son consideraciones sobre las cuales los tribunales basen sus decisiones, si esto es así, de acuerdo con la IB, dichas convenciones no son normas jurídicas, sin embargo, esta conclusión está lejos de ser aceptada por los usos lingüísticos, toda vez que nadie dudaría en llamar a las convenciones constitucionales como formando parte del derecho del un sistema jurídico nacional.

partes son igualmente razonables; pensemos por un lado, el juez se encuentra frente a consideraciones de carácter político y, por otro lado, con consideraciones morales. El juez se encuentra ante consideraciones igualmente razonables, no jurídicas, salvo aquella que le impide rehusarse a resolver la cuestión. Podría pensarse que en este caso el juez está en completa discrecionalidad de resolver; sin embargo no es así, dado que deben seguir estándares que el propio sistema preve,<sup>16</sup> i.e., sólo pueden resolver atendiendo a determinadas razones enumeradas en el propio sistema. Cabe aclarar que las consideraciones, aunque son extrajurídicas, toman el carácter de jurídicas cuando son formalizadas en una resolución judicial. Se convierten en justificaciones jurídicas, razones positivas válidas para la acción de las partes y de los órganos que en lo subsecuente aplicarán esa norma recién creada.

Kelsen está consciente de que los tribunales justifican sus decisiones por consideraciones morales cuando la solución a una determinada controversia no se encuentra prevista en la legislación, en los precedentes o en el derecho consuetudinario. Raz critica a Kelsen, porque según el profesor de Oxford, Kelsen no señala qué es lo que hace que una consideración usada por un juez en su fallo, no sea jurídica.

Consecuentemente, las teorías jurídicas en Estados Unidos están íntimamente ligadas a la idea de que el derecho es sólo lo que hacen los tribunales; para estos teóricos todas las consideraciones que los tribunales usan son jurídicas. Esto lleva a Raz a ver la teoría de la *adjudication*, desarrollada a

---

<sup>16</sup> Recuérdese que no existen lagunas procesales, y en todo caso las acciones de las partes en litigio están fundamentadas en preceptos jurídicos, esto significa, al menos, que los juzgadores siguen, o están obligados a seguir las consideraciones procesales.

partir de una teoría de la decisión judicial y encuentra en Ronald M. Dworkin al representante más sofisticado de esta tradición.

En efecto, Dworkin señala que los jueces, al justificar sus fallos sobre un litigio, tienen que hacer uso de consideraciones morales además de derecho legislado y de precedentes judiciales; sin embargo, todos estos tipos de razones son consideradas por Dworkin, como consideraciones jurídicas, por el simple hecho de ser utilizadas por los tribunales. El argumento de esta teoría es que las consideraciones morales que los jueces deben usar son jurídicas. Al respecto, Raz, criticando a Dworkin, señala que esto no es una teoría del derecho, sino más bien es identificable como una teoría moral que justifica tanto al derecho legislado como a los precedentes que los obligan. Dworkin desarrolla, en breve, asegura Raz, una teoría moral que se constituye en la ideología del derecho.

Dworkin no se plantea sobre cuáles de todas esas consideraciones son derecho; él asume que todas las consideraciones que los tribunales usan legítimamente en la justificación de sus fallos son consideraciones jurídicas.

Para Raz, parece claro que Dworkin confunde la teoría del derecho con una teoría de la decisión judicial, esto es una consecuencia natural de la perspectiva del jurista, puesto que para la profesión jurídica el derecho se agota en la legislación, en los precedentes judiciales, y en general, en todas aquellas consideraciones que sean relevantes para el razonamiento que justifica una decisión judicial.

Al respecto, consideramos que Dworkin, ciertamente yerra al afirmar que su teoría es una teoría del derecho [que describe al derecho]; su doctrina, más bien, como dice Raz, es sólo una *adjudication theory*; *i. e.*, una teoría sobre la decisión judicial. Una teoría de la decisión judicial es, en cierto sentido, en Dworkin, una teoría moral que explica cómo razonan los juzgadores al resolver una controversia, *i. e.*, qué tipo de consideraciones pasan por la mente del juzgador, cómo las ponderan y cuáles de esas consideraciones tienen más peso en la toma de decisiones. Esto, de ninguna manera, podría pensarse que explica al derecho.

Desde la perspectiva del jurista, Raz señala dos elementos importantes:

- i) el conocimiento que los juristas tienen del derecho, por virtud de la intuición básica y,
- ii) ese conocimiento tiene que ver con el razonamiento que justifica la decisión judicial.

Raz piensa que desde la perspectiva del jurista, Dworkin supera a la teoría de Kelsen, en lo que a la descripción de la resolución judicial se refiere. Esto es así, señala Raz, no porque la intuición básica o la condición lingüística hayan contribuido a ello. Estas mas bien, son compatibles en ambos casos, es el punto de vista, en el caso, la propia perspectiva del jurista, la que pronuncia el veredicto.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Raz, Joseph. "The problem about the nature of law", *cit.*, p. 211

**c) El método institucional**

Hay dos instituciones jurídicas estudiadas o por lo menos mencionadas en el inciso anterior cuya importancia las convierte en objeto de estudio de la filosofía del derecho: la profesión jurídica y la judicatura.

Estas no sólo son instituciones importantes desde la perspectiva del jurista. Su importancia en la sociedad resulta de su acción conjunta con otras instituciones sociales y de su preeminencia dentro del más amplio contexto de la sociedad.

Cuando la filosofía jurídica, como reflexión de segundo orden,<sup>18</sup> investiga la naturaleza del derecho, tiene que mantenerse alejada de la perspectiva del jurista; de esta forma, cree Raz podrá examinar la ubicación de la profesión jurídica y de los tribunales dentro de la organización social y dentro de las instituciones políticas en general.

Austin, por ejemplo, para explicar la naturaleza del derecho, analiza en primer término el sistema político, dentro del cual ubica después al derecho.

Precisa Raz que el exponente contemporáneo más importante de este método es H.L.A. Hart. El autor de *The Concept of Law*,<sup>19</sup> sigue diciendo Raz,

---

<sup>18</sup> "... deviene una disciplina metateórica que proporciona un análisis de los conceptos y de los métodos de la dogmática jurídica". Tamayo y Salmorán Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*, cit. p. 294.

<sup>19</sup> Oxford, Oxford University Press, 1961. Existe versión española de Genaro R. Carrió, *El Concepto del Derecho*, Buenos Aires, 1962. Reimpresión por Editora Nacional, México, 1978.

#### **EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL DERECHO**

**examina el derecho implicando que este crea nuevos tipos de instituciones políticas, tanto legislativas como judiciales, dentro del contexto de necesidades sociales y políticas.**

**Dice Raz que el método institucional, sometido a las restricciones de la condición lingüística, parece muy superior a las otras alternativas. El método lingüístico, aunque útil al imponer restricciones y sugerir esclarecimientos, está destinado a resultados no concluyentes. Asimismo, la perspectiva del jurista, aunque basada en una intuición correcta, es arbitraria como último punto de partida.<sup>20</sup>**

**El método institucional trata de presentar un análisis de una institución política que debe ser aceptada como el análisis del derecho. Desde el punto de vista del método institucional, la intuición básica es una consecuencia justificable y desde la misma perspectiva, la tesis de Kelsen, dice Joseph Raz, supera a la de Dworkin.**

**Supone Raz que las características de una teoría basada en el método institucional, nos ayudarán a entender mejor la "polemica" en la fundamentación que enfrenta a Kelsen y a Dworkin.**

**Parece ser que desde el punto de vista institucional, la intuición básica es el punto de partida para una mayor reflexión crítica, dado que resulta acertado identificar al derecho con las actividades características de los sistemas judiciales. Es por ello que Raz explica cuáles son las características esenciales**

---

<sup>20</sup> Raz, Joseph. "The problem about the nature of law", *et.*, p. 217.

de un tribunal y por qué son tan importantes en la organización política de la sociedad.

Según Raz, los rasgos que caracterizan a un tribunal son:

i) Conoce controversias con el propósito de resolverlas. Los tribunales son tribunales porque (entre otras actividades contingentes) se esfuerzan en resolver controversias.

ii) Pronuncian *decisiones válidas*, las cuales resuelven dichas controversias. Válida es usada por Raz como "con pretensión de validez" por el tribunal o por la persona interesada o por la organización a la cual pertenecen o a la cual representan. La opinión de un tribunal [a diferencia de la opinión de una persona] no es sólo válida, sino también obligatoria, esto porque la verdadera expresión de la opinión del tribunal, es considerada por él, como una razón para ser seguida, como razones para actuar,<sup>21</sup> como una norma, como una consideración positiva válida. "Las normas jurídicas son establecidas por cierta instancia social para que se conviertan en una razón para que los miembros de una comunidad actúen, para que hagan lo que la norma dice."<sup>22</sup>

iii) En su funcionamiento están obligados a ser guiados, al menos parcialmente por consideraciones positivas válidas. Las consideraciones

---

<sup>21</sup> Las normas jurídicas funcionan como razones para actuar. guían el comportamiento de los individuos, prescriben.

<sup>22</sup> Tamayo y Salmorán Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*, cit. p. 30

## EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL DERECHO

positivas son aquellas cuya existencia y contenido pueden ser determinadas sin recurrir a ningún argumento moral. Positivo es usado como 'razón o consideración ejecutiva' o 'consideración jurídica, no moral'.<sup>23</sup> En otras palabras, no puede existir un tribunal si éste no está obligado a considerar como válidos algunos estándares positivos.

Esto significa que una norma  $n$ , por el simple hecho de imponer una conducta  $\sigma$ , donde  $\sigma$  puede ser, por ejemplo, actuar como legislador moral; es un estándar positivo para que el tribunal lo acepte como válido.

Observa Raz que lo que es relevante para la existencia del derecho son las últimas dos características de los tribunales y que nuestro entendimiento intuitivo de la naturaleza de los tribunales, como instituciones políticas, lo podemos usar para elaborar una doctrina sobre la naturaleza del derecho.

La clave para la elaboración de esa teoría, según Raz, se encuentra en el surgimiento de consideraciones positivas válidas como relevantes para entender la naturaleza de los tribunales quienes, según la intuición básica, proporcionan la clave institucional de la naturaleza del derecho. Así se puede, dice Raz, formular un requerimiento adicional para una doctrina apropiada de la naturaleza del derecho.

*El derecho se compone sólo de consideraciones positivas válidas.*

---

<sup>23</sup> Ejemplos de consideraciones positivas las encontramos, con toda claridad, en disposiciones jurídicas contenidas en leyes y precedentes judiciales.

Raz recurre a una analogía con la acción personal para explicar su argumento; distingue entre un estadio deliberativo y uno ejecutivo, ante la perspectiva de una cierta acción.

En el primer estadio, la persona considera (o tiene la posibilidad de considerar) otras alternativas de acción; este estudio termina con la conclusión (con la toma de una decisión -y de una intención-) de qué debe hacer.

El estadio ejecutivo se presenta inmediatamente después, pero sólo si la persona se forma la intención de realizar cierto acto. Cuando la intención se forma ha terminado la deliberación.

En el estadio deliberativo es necesario que los individuos sean capaces de formarse opiniones ponderadas sobre las alternativas de acción. Aquí la cuestión sobre qué es lo que debe hacerse está abierta a argumentos (basados en toda clase de consideraciones). Pero como señalé anteriormente, cuando la decisión se ha tomado se forma una intención, la que en el caso de instituciones sociales (*e.g.* un tribunal) formularán una instrucción válida (una norma), la cual es identificable, sin necesidad de recurrir a argumentos morales. Contundentemente, afirma Raz, que sólo las consideraciones positivas pueden pertenecer al estadio ejecutivo. Las consideraciones ejecutivas son obligatorias, puesto que son válidas. Las consideraciones ejecutivas son así, consideraciones positivas válidas. De esta manera, un tribunal es guiado por consideraciones positivas válidas.

Lo anterior sugiere que el derecho se compone de consideraciones positivas válidas que obligan a los tribunales, los cuales pertenecen al estadio

## EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL DERECHO

ejecutivo de la institución política de la que es parte. Así las cosas, tenemos que un tribunal, al decidir, puede basarse tanto en razones ejecutivas como en deliberativas, pero el derecho judicialmente creado -el conjunto de decisiones- constituye un estadio ejecutivo y obligan incluso, a la misma institución que los creó.

Para comprobar lo anterior, pensemos en los países de tradición jurídica angloamericana, en donde la resolución (decisión que los tribunales dictan, cuando se somete a su consideración un litigio) afecta no sólo a las partes que litigaron, sino que pueden acarrear, como consecuencia, el dejar sin efecto una ley, toda vez que la decisión se convierte en el criterio para la solución de futuras controversias iguales o similares, ya que puede ser invocada por los ciudadanos en la defensa de sus derechos, para que el tribunal falle en la forma que la resolución prescriba.

Raz explica a continuación cómo funciona su argumento. Considérese el caso de una decisión individual en donde una persona puede distribuir el proceso de toma de decisión, moviéndose hacia el momento ejecutivo en varios pasos separados. Primero, decide, por ejemplo, actuar sobre la base de consideraciones económicas y descarta consideraciones de prestigio. Luego, decide que una de las alternativas que le están abiertas, debe desecharse, toda vez que, al menos una de las otras, está mejor respaldada por consideraciones económicas, por ejemplo. El derecho, con frecuencia, procede de manera similar. En muchos casos las leyes no representan sino el primer paso hacia un estadio ejecutivo puro. Estas leyes generalmente requieren ser complementadas mediante reglamentos y otros actos administrativos. Algunas veces el litigio llega a los tribunales en materias que no han alcanzado un estadio ejecutivo

puro en el asunto en cuestión y los tribunales tienen que aplicar razones deliberativas, para resolver la controversia. Esto quiere decir que resulta ventajoso para una persona, mientras se forma una intención general de antemano, dejar los detalles precisos para el último momento. Con frecuencia es mejor no fijar de manera muy rígida los detalles precisos de antemano. Es mejor inclinarse por razones ejecutivas flexibles, *i.e.*, normas que fijan solamente un marco general y dejan a los tribunales espacio para aplicar razones deliberativas dentro de ese cuadro general.<sup>24</sup>

Raz señala que su análisis sobre la naturaleza del derecho produce un solo elemento: *que el derecho consiste en consideraciones positivas válidas aplicadas por los tribunales*; sin embargo, aclara en seguida, que no todas las consideraciones que satisfacen dicha condición son parte del derecho.

El hecho de que el derecho consista en consideraciones aplicables por los tribunales, que son válidas y positivas es sugerido por la definición de tribunal y respaldado por la distinción entre las dos funciones de los tribunales como creadores y aplicadores del derecho. Esto, dice Raz, se sigue del hecho de que cualquier análisis del derecho, basado en parte en esta característica, centra su atención en una distinción de importancia general para la organización social, *i.e.*, la distinción entre los estadios deliberativo y ejecutivo.

Raz intenta mostrar que la doctrina de la naturaleza del derecho puede y debe explicar el derecho dentro de un contexto más amplio en el conjunto de las instituciones sociales y políticas.

---

<sup>24</sup> Raz, Joseph. "The problem about the nature of law", *cit.*, p. 216

## EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL DERECHO

Piensa Raz que la perspectiva del jurista, para la filosofía del derecho, es un punto de vista arbitrario; ignora el enclave en que el derecho se encuentra inscrito. Esto lleva a Raz a afirmar que la inclinación por identificar a la teoría del derecho con una teoría de la decisión judicial y a las consideraciones jurídicas con todas aquellas que son apropiadas para que los tribunales justifiquen sus fallos se basa en una doctrina miope que ignora la conexión del derecho con la distinción entre consideraciones ejecutivas y deliberativas.

Raz va más allá y sostiene que si la teoría del derecho se reduce a una teoría de la decisión judicial, piensa que es el caso con Dworkin, entonces la teoría sobre la naturaleza del derecho es más bien, una teoría moral.

Raz intenta probar su argumento diciendo que la teoría de la decisión judicial se ocupa de *todas* las consideraciones que pueden afectar el razonamiento de los tribunales al dictar sus fallos, tanto consideraciones jurídicas, como consideraciones no-jurídicas. Cuando el juzgador hace su razonamiento y se pronuncia sobre cuáles de las consideraciones no-jurídicas tienen fuerza en su decisión y qué peso debe darles, este argumento se convierte en moral.

### ***3. La naturaleza institucional del derecho.***

Cuando Joseph Raz analiza la naturaleza *institucional* del derecho, su propósito inmediato es delinear un punto de vista sobre los rasgos distintivos de

los sistemas jurídicos nacionales. Según Raz, la *Analytical Jurisprudence* (como teoría jurídica) se ocupa de tres áreas principales de problemas:

- i) De los rasgos especiales del proceso jurisdiccional y del razonamiento jurídico;
- ii) Del análisis de los conceptos jurídicos y de los tipos de estándares jurídicos, y
- iii) Del sistema jurídico y las características que lo distinguen de otros sistemas normativos.

Al tercer tipo de problema es al que Raz se refiere en "*The Institutional Nature of Law*".<sup>25</sup> En el estudio de dicho problema, Raz reconoce como prejuicios el presupuesto de la primacía de lo social, el de la universalidad y el de la importancia del derecho nacional.

Un sistema jurídico está en vigor en una sociedad determinada, si tiene impacto en el comportamiento de esa sociedad, *i.e.*, si se dan actitudes y repuestas de todos o ciertos sectores de la sociedad. Raz identifica el problema de si un sistema jurídico está en vigor con el de su existencia. En este sentido, un orden jurídico existe si, y sólo si, está en vigor.

---

<sup>25</sup> en *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 19, 1974, pp. 94-111. Reimpreso en *The Modern Law Review*, vol. 38, No. 5, Septiembre de 1975, pp. 491-504 [versión que seguiremos en este análisis]. También apareció publicado en *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, *cit.*, Cap. VI

## **EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL DERECHO**

Ahora bien, un sistema normativo, deviene del tipo jurídico en virtud de su papel en la organización de la vida social. El objetivo de Raz, es explicar la naturaleza del derecho en razón de los rasgos que caracterizan a ese tipo especial de sistema y que los hace diferentes a otros sistemas normativos.

Para Joseph Raz la primacía de lo social deriva del hecho de que si un sistema jurídico existe, es en virtud de su papel en la organización de la vida social. Este, diría Raz, es un rasgo característico de los sistemas jurídicos; pero no significa que dichos sistemas no posean otros rasgos. Por ejemplo, puede ser que algunos sistemas pudieran tener ciertas características morales, pero para Raz, éstas son secundarias, las poseen como resultado de que tienen otras propiedades las cuales le son necesarias para satisfacer su papel social característico.

Para Raz, además de la preminencia de lo social, la explicación de la naturaleza del derecho requiere satisfacer el presupuesto de la universalidad, consistente en que cualquier teoría jurídica tiene que ser verdadera para todos los sistemas jurídicos.

La teoría jurídica tiene que pasar por alto algunas funciones particulares de determinados sistemas y características especiales de las sociedades en donde está en vigor; una teoría jurídica tiene que basarse sólo en aquellos rasgos (generales y abstractos) que los sistemas jurídicos tienen necesariamente que poseer.

No obstante lo anterior, Raz introduce el presupuesto de la importancia del derecho nacional, con el que refleja la percepción intuitiva de que todos los

sistemas jurídicos nacionales difieren de la mayoría de los otros sistemas normativos, por lo que merecen ser estudiados de forma independiente.

Como los sistemas jurídicos son parte de la organización social, el estudio de ellos, dice Joseph Raz, se hace para compararlos y confrontarlos con otros sistemas normativos.<sup>26</sup>

El que el derecho se identificó con instituciones [sociales] creadoras y aplicadoras de normas, se debe a que constituye un sistema normativo institucional. Raz sostiene que la existencia de instituciones creadoras de normas no son un rasgo necesario de todos los sistemas jurídicos, pero sí las encargadas de aplicarlas, cuya existencia es necesaria en todo sistema jurídico.<sup>27</sup> De ahí que Raz se preocupe por encontrar los rasgos distintivos de las instituciones aplicadoras, ya que su presencia, es un elemento definitorio de los sistemas jurídicos.

Joseph Raz pretende encontrar la respuesta a esta cuestión en las normas que establecen tales instituciones. Las instituciones aplicadoras de normas son

---

<sup>26</sup> Raz, Joseph. "The Institutional Nature of Law". *cit.*, p. 491.

<sup>27</sup> Es importante mencionar que los órganos aplicadores de normas son, en última instancia, las que determinan la subsecuente creación y aplicación del derecho.

Existen instituciones (aplicadoras) que asociamos con la expresión 'derecho' de manera más normal y espontánea que cuando pensamos en las instituciones creadoras.

Los tribunales constituyen instancias sociales que de forma inmediata las asociamos al derecho o las identificamos con él. A diferencia de las instituciones sociales creadoras (monarcas, parlamentos) en las cuales normalmente predomina un carácter político (la conducción, el liderazgo, la negociación, el compromiso); en los tribunales, los aspectos jurídicos, si no exclusivos, son siempre la nota distintiva. Mientras cualquiera puede ser monarca o líder parlamentario; mientras cualquiera (en ciertas circunstancias) puede emitir mandatos obligatorios (i. e., establecer disposiciones jurídicas), el funcionamiento de los tribunales requiere normalmente de profesionales del derecho (jueces, magistrados y abogados) (Cfr. Tamayo y Salmerán, Rolando *Elementos para una Teoría General del Derecho*, *cit.*, p. 64.

instituciones normativas, establecidas por normas y a éstas, dice Raz, habrá que recurrir para encontrar la clave de su identidad. Este tipo de instituciones, dice Raz, deben ser identificadas por la forma en que ellas realizan sus funciones más que por las funciones mismas.

Joseph Raz opina, que cuando un servidor público realiza un acto (cumpliendo un deber o ejerciendo un derecho), ese acto es considerado generalmente como aplicador de normas. De ahí que generalmente se identifique a las instituciones aplicadoras de normas con las instituciones públicas.

Al tipo de instituciones que aplican las normas sin crear otras, sino sólo implementándolas físicamente, Raz les llama 'instituciones ejecutoras de normas', las cuales tampoco pueden ser consideradas como la clave para identificar los sistemas jurídicos.<sup>28</sup>

Raz sugiere que el tipo de instituciones aplicadoras de normas que nos permiten identificar un sistema jurídico son aquellas que combinan la creación y la aplicación normativa; instituciones a las que Raz llama 'órganos primarios' que se ocupan de las determinaciones autoritativas, de conformidad con las normas preexistentes.

Los órganos judiciales son el tipo de órganos primarios al que Raz se refiere; estos órganos tienen facultades para determinar los derechos y deberes de los individuos, *i.e.*, para pronunciar una determinación autoritativa sobre la

---

<sup>28</sup> *Cfr.* Raz, Joseph, "The Institutional Nature of Law", *cit.*, p. 493

situación jurídica de las personas; determinación que es obligatoria aunque pudiera ser equivocada [o injusta].

Una determinación, la consideramos aplicadora de normas, si simplemente determina qué derechos y qué obligaciones tienen los individuos, en virtud de normas preexistentes; mientras que una decisión es obligatoria, sólo si ésta *cambia* los derechos y las obligaciones que los individuos tienen. De esta forma, la cuestión de la fuerza obligatoria surge sólo con respecto a determinaciones creadoras [de nuevas situaciones normativas]. Según Raz, "desde un enfoque restrictivo del sentido de 'obligatorio', una determinación no puede ser a la vez obligatoria y aplicadora de normas, puesto que una determinación puede ser obligatoria aun si no cambia la situación normativa, siempre que hubiera sido obligatoria de haberla cambiado. Una determinación aplicadora de normas es obligatoria, aun cuando esté equivocada".<sup>29</sup>

Para Raz, los órganos primarios aplicadores de normas son instituciones con facultades para determinar la situación normativa de los individuos; estos órganos ejercitan sus facultades mediante la aplicación de normas existentes y sus decisiones, aun si están equivocadas, son obligatorias.<sup>30</sup>

Raz explica que en todo sistema jurídico, deben existir normas que confieran facultades a esas instituciones que tienen la autoridad para pronunciar determinaciones aplicativas de carácter obligatorio. Los ejemplos más

---

<sup>29</sup> *Idem.*

<sup>30</sup> *Ibidem.*

importantes de este tipo de instituciones [órganos primarios], los constituyen los tribunales. Raz reconoce que la definición de órgano primario puede ser reformulada, porque como él propone se aplica a determinaciones finales (absolutamente obligatorias), *i. e.*, no contempla la posibilidad de apelaciones, ni de efectos relativos.

La definición de Raz, identifica a los órganos primarios por su facultad de pronunciar determinaciones aplicativas de carácter obligatorio,<sup>11</sup> lo que es perfectamente compatible con otras facultades y funciones que tienen los tribunales.

Una determinación aplicativa es una determinación sobre derechos u obligaciones de los individuos en situaciones concretas. Este tipo de determinaciones son diferentes de la facultad de crear precedentes o de imponer sanciones. Las determinaciones aplicativas están más intrínsecamente relacionadas con las sentencias declarativas.

Al respecto, el argumento central de Raz es que el entendimiento común de las cosas intuitivamente claras de sistemas nacionales, confirman que todos ellos contienen instituciones primarias y que tales instituciones juegan un papel fundamental en el entendimiento de los sistemas jurídicos y su función en la sociedad.<sup>12</sup> Más aún, es razonable suponer que el derecho difiere de cualquier otro método de control social, porque provee una maquinaria (instituciones

---

<sup>11</sup> Aquí Joseph Raz, sólo se refiere a un sólo tipo de facultades y funciones. Cabe mencionar que los órganos judiciales tienen también otro tipo de facultades como: crear precedentes (establecer reglas generales) y determinar autoritativamente los hechos del caso (*res judicata*).

<sup>12</sup> *Cfr.* Raz, Joseph. "The Institutional Nature of Law", *cit.*, p. 495.

primarias) que soluciona autoritativamente las disputas. Es autoritativa, porque el sistema jurídico establece una norma que hace obligatorio observar las decisiones de los tribunales.<sup>33</sup>

Los sistemas jurídicos, también contienen disposiciones jurídicas que determinan los derechos y obligaciones de los individuos, que los tribunales están obligados a aplicar en la solución de controversias.

Según Raz, los sistemas jurídicos tienen disposiciones que: (1) guían el comportamiento y, (2) instituciones para juzgar y evaluar el comportamiento, evaluación que se basa en las disposiciones del tipo (1). De esta forma, el derecho posee su propio sistema interno de evaluación.

Raz advierte que los tribunales están obligados a aplicar las disposiciones jurídicas del sistema, con independencia de su opinión sobre sus méritos. Esto no quiere decir que los jueces sean máquinas de aplicar normas pasando por alto sus propias opiniones, sino que los tribunales aplican disposiciones jurídicas haciendo uso de su opinión, cuando y hasta los límites que las propias disposiciones se lo permiten.<sup>34</sup>

El contraejemplo de lo anterior, dice Raz, pareciera encontrarse en aquellos tribunales que tiene la facultad de derogar normas, incluso aquellas

---

<sup>33</sup> Los tribunales no deciden de manera arbitraria, están instruidos por una norma del sistema para pronunciar la decisión. Las normas de este tipo también funcionan como razones para actuar.

<sup>34</sup> Cabe aclarar aquí que hay disputas para las cuales el sistema jurídico no proporciona una respuesta correcta (ni incorrecta), pero aún en estos casos, los tribunales no pueden rehusarse a resolver tales disputas; los juzgadores (tribunales) deben proporcionar su fallo de acuerdo a su percepción de lo que es correcto. También hay que aclarar que una cosa es que sus discreción esté limitada por principios jurídicos y otra que éstos eliminen el elemento del juicio personal sobre los méritos del caso.

que obligan a ellos mismos. Sin embargo, sigue diciendo Raz, el contraejemplo falla, puesto que una regla que estableciera que los tribunales tienen completa libertad de no tomarla en cuenta o que los faculta a cambiarla a discreción, podría decirse que no los obliga y, por tanto, no son parte del sistema jurídico.

En el *Common Law* (como en cualquier otro sistema jurídico), los tribunales no tienen este poder con respecto a las normas obligatorias del *Common Law* (u otro sistema jurídico), *i.e.*, no las pueden cambiar cada vez que consideren que sería mejor hacerlo. Pueden cambiarlas sólo por las razones que se incluyen en la propia norma [del sistema], y si una razón no se encuentra en esa norma [o sistema], el tribunal debe atender a la prescripción normativa, aunque crea que es incorrecta (o injusta).<sup>35</sup>

Según Raz, el contraejemplo también falla porque estar bajo una obligación es consistente con estar en libertad de hacerla a un lado bajo ciertas condiciones, siempre que uno no esté en libertad de pasarlas por alto todas las veces que uno encuentre que, en base al balance de razones, sería mejor hacerlo así.<sup>36</sup> Lo único que demuestra ese contraejemplo, es que un tribunal está en libertad de derogar algunas disposiciones jurídicas válidas, en virtud de específicos tipos de razones y no siempre que lo deseen, *i.e.*, que las facultades para derogar normas son consistentes con el hecho de que los tribunales están obligados a seguirlas.

---

<sup>35</sup> Cfr. Raz, Joseph. "The Institutional Nature of Law", *cit.*, p. 498

<sup>36</sup> *Idem.*

Con lo anterior, Raz quiere mostrar los límites del derecho y según el profesor de Oxford, el derecho necesita tener límites porque la única alternativa para un sistema fundamentado en instituciones judiciales, es que los tribunales sigan los estándares que están obligados a seguir, incluso preferirlos sobre aquellos estándares que consideren mejores.

La tesis de los límites del derecho en esencia es: *que los estándares que los tribunales están obligados a seguir, prevalecen sobre otros, a los que en ocasiones, pueden estar facultados a cambiar.*<sup>37</sup>

Para Raz, en todos los sistemas jurídicos es un rasgo necesario:

- (1) que contengan normas que establezcan instituciones primarias;
- (2) que una disposición jurídica pertenezca al sistema; y pertenece al sistema si, y sólo si, las instituciones primarias se encuentran obligadas a aplicarlas y,
- (3) que tengan límites.<sup>38</sup>

Sin embargo, Raz mismo acepta que dichos rasgos no son suficientes para distinguir a los sistemas jurídicos de muchos otros sistemas normativos que también tienen instituciones primarias y comparten los rasgos estructurales

---

<sup>37</sup> Cfr. Raz, Joseph. "The Institutional Nature of Law", *cit.*, p. 499

<sup>38</sup> *Idem.*

del derecho;<sup>39</sup> aunque éstas de ninguna manera son sistemas jurídicos nacionales.

Raz inmediatamente aclara que lo que hace diferentes a los sistemas jurídicos de otros sistemas institucionalizados es la relación misma que aquéllos guardan con éstos. Según Raz un sistema institucionalizado es del tipo jurídico, sólo si éste es necesariamente, en algún aspecto, el más importante sistema institucionalizado que pueda existir en una sociedad. Raz se ve en la necesidad de explicar esto, atendiendo a la esfera de la actividad humana que los sistemas jurídicos regulan o pretenden autoridad para regular.

Para Raz, toda norma regula aquella conducta que constituye su acción normativa, *i.e.*, el comportamiento que la norma requiere o permite, o que se convierte en el ejercicio de una facultad.<sup>40</sup> Un sistema normativo pretende autoridad para regular todos aquellos actos que regula y los que sean regulados por normas que puedan ser establecidas mediante el ejercicio de facultades reconocidas por las normas del sistema. Este intento por caracterizar los sistemas jurídicos por las esferas de actividad que ellos regulan, o pretenden autoridad para regular, asegura Raz, no puede ser muy preciso, ya que los rasgos generales que distinguen un sistema como un sistema jurídico son varios y cada uno de ellos admite, en principio, diferentes grados. En los casos típicos de sistemas jurídicos, estos rasgos se manifiestan en muy alto grado, aunque es posible encontrar sistemas en los cuales los rasgos estén presentes en menor grado o que algunos de ellos estén ausentes.

---

<sup>39</sup> Raz está pensando en las reglas de las asociaciones voluntarias, como universidades, clubes, sindicatos, partidos políticos.

<sup>40</sup> *Cfr.* Raz, Joseph. "The Institutional Nature of Law", *cit.*, p. 500

Raz afirma que sería arbitrario tratar de fijar una línea divisoria precisa entre los sistemas normativos que son sistemas jurídicos y aquellos que no lo son. Para él, al enfrentarse con casos frontera es mejor admitir su identidad problemática, enumerar sus similitudes y diferencias con respecto a los casos típicos y dejarlo así.<sup>41</sup>

Raz continúa su explicación, caracterizando los rasgos de los sistemas jurídicos como *comprehensivos*, esto es, que *pretenden ser supremas* y sistemas *abiertos*.

Cuando Raz afirma que los sistemas jurídicos son *comprehensivos* quiere decir que los sistemas jurídicos pretenden autoridad para regular cualquier tipo de comportamiento. Los sistemas institucionalizados normalmente instituyen y gobiernan la actividad de organizaciones a las cuales están vinculadas; estos sistemas son establecidos para realizar ciertos objetivos limitados y cada uno pretende autoridad sobre el comportamiento relevante, pero sólo para tal objetivo. Los sistemas jurídicos, en cambio, no reconocen ninguna limitación a las esferas de comportamiento sobre las cuales pretende autoridad para regular. Este carácter *comprehensivo*, no significa que los sistemas jurídicos posean autoridad para regular cualquier tipo de conducta y otros sistemas no; lo que los hace diferentes es que los sistemas jurídicos *pretenden* tal autoridad y los otros no. Los sistemas jurídicos pretenden autoridad para regular todas las formas de comportamiento, pero es claro que algunas no las regula; sin embargo, que tenga pretensión de regularlas, significa que hay normas en el

---

<sup>41</sup> *Idem.*

## EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL DERECHO

propio sistema que confieren facultades para establecer normas que pueden llegar a regular esos comportamientos. Raz aclara que este criterio establece una condición necesaria y no una condición suficiente para que un sistema sea un sistema jurídico.

La condición de que los sistemas jurídicos pretenden ser supremos está implicada por el argumento anterior y significa que todo sistema del tipo jurídico pretende autoridad para regular el establecimiento y aplicación por la comunidad a él sometida de otros sistemas institucionalizados, *i.e.*, pretende autoridad para prohibir, permitir o imponer condiciones sobre la institución y funcionamiento de todas las organizaciones normativas. Para Joseph Raz, esta es una condición débil al permitir la posibilidad de que un sistema pretenda únicamente autoridad para permitir el funcionamiento de alguna de tales organizaciones; sin embargo, apunta que la pretendida autoridad de otorgar permisiones mediante una norma, es un rasgo de lo más significativo de un sistema normativo y no puede ser comparado con la mera existencia de una permisión débil, puesto que el sistema no regula el comportamiento respectivo y no pretende autoridad para regularlo.

A la cuestión de si son incompatibles los sistemas jurídicos, Raz contesta que dos sistemas normativos pueden coexistir; sin embargo, esto no responde la interrogante. La respuesta, habría que encontrarla en si un sistema jurídico reconoce si otro sistema jurídico se aplica válidamente a la misma comunidad sometida al sistema. Raz dice, que casi todo sistema jurídico permite la aplicación de algunos sistemas normativos a la sociedad a él sometida, pero advierte que quizá no lo permite si se trata de otro sistema jurídico. La mayoría de los sistemas jurídicos son al menos parcialmente compatibles. Sin embargo,

como todo sistema jurídico pretende ser supremo, es por tanto, potencialmente incompatible con otros sistemas jurídicos, ya que ninguno puede reconocer pretensión de supremacía que hiciera otro sistema jurídico sobre la misma comunidad.

Por otra parte, asegura Raz que un sistema jurídico es un sistema abierto porque contiene normas cuyo propósito es otorgar fuerza obligatoria dentro del propio sistema a normas que no pertenecen a él. Según Raz, las normas son adoptadas por un sistema jurídico [abierto] si, y sólo si:

(1) son normas que pertenecen a otro sistema normativo practicado por sus sujetos normativos, las cuales son reconocidas en la medida en que se mantengan en vigor en tal sistema. Esta parte del criterio se aplica a aquellas normas reconocidas por las reglas de conflicto, y

(2) son normas que fueron creadas por o con el consentimiento de sus sujetos normativos mediante el uso de facultades conferidas por el sistema para permitir a los individuos arreglar sus propios asuntos de acuerdo a su deseo. Esta parte del criterio se aplica, por ejemplo, a los contratos, estatutos de sociedades.<sup>42</sup>

Raz termina su explicación sobre la naturaleza institucional afirmando que los sistemas jurídicos son sistemas institucionalizados, caracterizados por la combinación de las tres condiciones señaladas; este es el inicio de una explicación de la importancia del derecho, dado que si una sociedad se

---

<sup>42</sup> Cfr. Raz, Joseph. "The Institutional Nature of Law", *cit.*, p. 502

#### EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL DERECHO

encuentra sometida a un sistema jurídico, tal sistema normativo es el más importante sistema institucionalizado al cual se encuentra sometida. El derecho es un sistema para guiar el comportamiento y para resolver las disputas; el derecho pretende suprema autoridad para interferir en cualquier tipo de actividad. El derecho también soporta o restringe la práctica de otras normas en la sociedad. Las pretensiones apuntadas del derecho lo sitúan, concluye Raz, como el supremo guardián de la sociedad.

#### *4. Conclusiones al segundo capítulo*

La filosofía del derecho, en cierta parte de su investigación, está sometida al esclarecimiento de la naturaleza del derecho y sobre sus límites. Sin embargo, observamos una dificultad entre los filósofos para ponerse de acuerdo en una respuesta común, ello se debe a los diferentes puntos de partida o de apreciación de los problemas contenidos en la autoreflexión.

Estamos de acuerdo con Raz en que para quienes abordan el problema desde el punto de vista del método lingüístico, cualquier teoría sobre la naturaleza del derecho tiene que observar la condición lingüística, sobre que *todos los enunciados jurídicos son establecidos por el uso de oraciones de la forma 'jurídicamente p'*.

Rechazamos la idea de que la teoría de la naturaleza del derecho sea simplemente una investigación sobre el significado de algún término o familia de términos. Dicha investigación, lo reconocemos, es muy útil al imponer

restricciones teóricas y sugerir esclarecimientos, sin embargo, no propone resultados concluyentes.

La perspectiva del jurista y su intuición básica de que *el derecho tiene que ver con todas aquellas consideraciones que son apropiadas para que los tribunales fundamenten en ellas sus decisiones*, marcan un enfoque correcto, sobre el campo en que podemos encontrar el derecho. Sin embargo, compartimos la idea del profesor del *Balliol College* de que desde esta perspectiva se identifica a la teoría de la naturaleza del derecho con una teoría de la decisión judicial; mejor, que la doctrina de la naturaleza del derecho, en estos términos, es una doctrina moral puesto que cuando el juzgador hace su razonamiento y se pronuncia sobre cuáles de las consideraciones no-jurídicas tienen fuerza en su decisión y qué peso debe darles, este argumento se convierte en moral. Por ello creemos que Raz tiene razón en criticar esta postura, porque aunque está basada en una intuición correcta, deviene arbitraria como último punto de partida, puesto que ignora que el derecho se encuentra inscrito dentro de un contexto político e ignora la conexión del derecho con la distinción entre estadios deliberativos y ejecutivos de la decisión sobre una acción.

La filosofía jurídica, como una reflexión de segundo orden, debe mantenerse alejada de la perspectiva del jurista, para que pueda ubicar a la profesión jurídica y a los tribunales, dentro de la organización social y de las instituciones políticas en general.

## EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL DERECHO

Pensamos que la doctrina de la naturaleza del derecho debe estar interesada en explicar el derecho dentro del más amplio contexto de las instituciones sociales y políticas.

Por lo anterior, creemos que la explicación que resulta del método institucional, resuelve de mejor manera el problema de la naturaleza del derecho. Este método presenta un análisis de una institución política que, pretende ser aceptada como el análisis del derecho: los tribunales, cuyas características esenciales son las siguientes: conocen controversias con el fin de resolverlas, pronuncian decisiones válidas y al fallar están obligados, al menos parcialmente a seguir consideraciones positivas válidas, (i.e., consideraciones cuya existencia y contenido pueden ser determinadas sin recurrir a ningún argumento moral).

Para la existencia del derecho es relevante la existencia de las dos últimas características de los tribunales, mejor, que el derecho consiste (o sólo se compone) de consideraciones positivas válidas. De mejor forma, e identificando al derecho como consideraciones positivas válidas, diríamos que un tribunal es guiado por consideraciones de este tipo para pronunciar resoluciones válidas, las cuales son decisiones positivas válidas.

Al seguir los argumentos basados en el método institucional, llegaremos a la conclusión de que como el derecho pertenece al estadio ejecutivo, éste puede ser identificado sin acudir a argumentos morales (que son argumentos propios del estadio deliberativo). Creemos que uso del derecho no requiere de argumentos morales.

Por otro lado, un sistema jurídico está en vigor en una sociedad determinada, si tiene impacto en el comportamiento de esa sociedad (de toda o en ciertos sectores). Un sistema normativo, deviene del tipo jurídico en virtud de su papel en la organización de la vida social. La naturaleza del derecho se explica en razón de la naturaleza de las instituciones que lo aplican y de los rasgos que caracterizan este tipo especial de sistema normativo y que lo hacen diferente a otros sistemas normativos, también aplicables en una sociedad.

La importancia del derecho, es que los sistemas jurídicos son los sistemas institucionalizados más importantes a los que una sociedad se encuentra sometida. El derecho es un sistema para guiar el comportamiento y para resolver las disputas; el derecho pretende suprema autoridad para regular en cualquier tipo de actividad. El derecho también soporta o restringe la práctica de otras normas en la sociedad.

**CAPITULO TERCERO**

**LA AUTORIDAD DEL DERECHO  
EN LA FILOSOFIA JURIDICA DE JOSEPH RAZ**

**FALTA PAGINA**

**No 59 a la 60**

**LA AUTORIDAD DEL DERECHO EN LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE  
JOSEPH RAZ**

**SUMARIO:** 1. Planteamiento del problema. 2. ¿Qué significa autoridad y qué autoridad tiene el derecho? 3. El derecho como un sistema normativo que pretende autoridad. 4. ¿Por qué el derecho es obedecido? 5. Conclusiones al tercer capítulo.

**1. Planteamiento del problema**

Todos los sistemas jurídicos pretenden autoridad, o dicho de otra forma, todo derecho positivo pretende autoridad. Autoridad, dice Raz, será considerada como implicando un derecho a mandar, el cual ha sido entendido como correlativo de una obligación a obedecer por parte de los sometidos a dicha autoridad.<sup>1</sup>

El significado jurídico de autoridad, según el profesor Tamayo y Salmorán, presupone la idea de una investidura, de una potestad o facultad que indica el poder o capacidad de un individuo o grupo de individuos para modificar una situación jurídica existente; o mejor, que alguien está facultado jurídicamente para realizar un acto válido que modifica las situaciones jurídicas de los demás.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Raz, Joseph. "Authority and Justification", en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 14, Núm. 1, 1985, p. 3. Existe versión castellana de Rolando Tamayo y Salmorán [en prensa].

<sup>2</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*, cit., p. 176.

Para Kelsen, es el propio orden jurídico el que otorga facultades a ciertas instancias sociales denominadas "autoridades" para obligar o permitir a los demás mediante actos de voluntad; es decir, X tiene autoridad sobre Y si, y sólo si, X puede hacer que Y haga o se abstenga de hacer algo; *i.e.*, si sólo X está facultado para cambiar la situación jurídica de los demás. De esta forma, si la autoridad es la posibilidad de modificar las situaciones jurídicas de las personas, imponiendo actos volitivos para que se conduzcan conforme al deseo de una persona o grupo de personas, podríamos decir que las relaciones de autoridad no son sino relaciones de dominio; pero sólo el dominio ejercido por los órganos del Estado (facultados por el sistema jurídico) es un dominio en virtud de autoridad legítima.

El anterior paradigma de autoridad, es el de la autoridad que el mismo derecho crea o delega en las instituciones sociales, pero cabe ahora preguntarse: ¿de dónde proviene la autoridad del derecho?

El derecho como institución social, manifiesta su autoridad en formas diversas. La autoridad del derecho es independiente de cualquier otro tipo de autoridad; es exclusiva y excluyente; es primaria, dado que manifiesta su autoridad proscribiendo o legitimando las actividades de las demás instituciones sociales.

En el presente capítulo trataremos de explicar por qué el derecho tiene autoridad, por qué reconocemos autoridad al derecho o por qué se nos impone la autoridad del derecho y cómo es que la pretensión de autoridad del derecho

se traduce en actos institucionales que provocan una obediencia [habitual] en los destinatarios de las voliciones de poder.

Estudiaremos principalmente *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, uno de los más importantes trabajos de Joseph Raz, cuyo objetivo principal consiste en el examen de argumentos a favor de la autoridad moral de las disposiciones jurídicas,<sup>3</sup> mejor, la autoridad moral del derecho.

Siguiendo a Raz, trataremos de mostrar cómo el derecho positivo funciona sin recurrir a argumentos morales y cómo la obediencia al derecho no implica una 'surrender of judgments', i. e., que la proposición de que la autoridad y las relaciones de autoridad impliquen algunas especies de 'renunciante al propio juicio', es falsa.

Para lograr lo anterior, recurriremos a la respuesta que Raz propone a las interrogantes más importantes sobre el tópico, procurando, en la medida de lo posible, hacer lo más claro posible la exposición de la tesis de Raz, para lo cual el trabajo sobre la autoridad del derecho se verá complementado con argumentos de su libro: *The Morality of Freedom*,<sup>4</sup> y de otros artículos, especialmente con un ensayo: "Authority and Justification".<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Raz, Joseph. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979. Aquí seguiremos la traducción del original de Rolando Tamayo y Salmorán. *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas 1982.

<sup>4</sup> Clarendon Press, Oxford 1986.

<sup>5</sup> en *Philosophy & Public Affairs* 14, 1985.

## 2. *¿Qué significa autoridad y qué autoridad tiene el derecho?*

Esta cuestión es de gran importancia práctica. La filosofía proporciona sólo una parte de la respuesta filosófica a las cuestiones prácticas. La filosofía jurídica, por su parte, se ocupa sólo del aspecto jurídico de todos los problemas prácticos, es decir, de la forma en que afecta la deliberación práctica, en general, y las consideraciones morales, en particular, el hecho de que cierta acción tenga alguna consecuencia jurídica. Esta, según Raz, es la cuestión de la autoridad del derecho.<sup>6</sup>

Para algunos teóricos, que estar sometido a la autoridad, es incompatible con la razón, puesto que ésta exige que siempre se actúe en base al balance de las razones de las que uno está consciente. La autoridad requiere sumisión, aun cuando se piense que lo que se requiere del destinatario es contrario a la razón; por tanto, el sometimiento a la autoridad, desde este punto de vista, es irracional.

El principio de autonomía, por su parte, presupone que en todas las cuestiones morales, siempre se actúe en base al propio juicio; sin embargo, como la autoridad algunas veces requiere que se actúe en contra del propio juicio, exige de alguna forma, el abandono de la autonomía moral. Toda autoridad práctica niega la autonomía moral y por consecuencia, es inmoral. Raz dice que este argumento no se aplica a las autoridades teóricas.

---

<sup>6</sup> Raz, Joseph. *La autoridad del derecho. Ensayos sobre moral y derecho. cit.*, p. 8.

Para Raz, estos argumentos niegan la posibilidad de la autoridad legítima. Pero la naturaleza paradójica de ese argumento deriva no de negar la autoridad legítima, sino de que dicha negación se sigue de la "verdadera" naturaleza de la moralidad o de los principios fundamentales de la racionalidad. Más todavía, estos argumentos niegan la legitimidad de toda autoridad sobre las personas racionales. Raz continúa su explicación afirmando que "si la verdadera naturaleza de la autoridad es incompatible con la idea de moralidad y racionalidad, entonces, aquellos que creen en la autoridad legítima no están meramente errados o equivocados en una de sus creencias morales, sino que están entregados a una creencia irracional o son culpables de una incomprensión fundamental del concepto de moralidad o del concepto de autoridad".<sup>7</sup> Pero, como bien dice Raz, la fuerza de estos argumentos constituye su debilidad, porque muchos que pueden estar dispuestos a conceder que los que creen en la posibilidad de la autoridad legítima están equivocados, se abstendrán de pensar que éstos son irracionales o que no tienen la menor idea de lo que es la moralidad.

Los argumentos mencionados ponen énfasis al análisis de los conceptos de autoridad, moralidad y racionalidad, conceptos que son importantes en cualquier intento por clarificar la noción de autoridad.

Raz describe, cuatro modelos comunes de explicación de la autoridad.

*Primer modelo.* Este consiste en especificar las condiciones que son necesarias o suficientes para tener autoridad efectiva (*de facto*). Sin embargo,

---

<sup>7</sup> Raz, Joseph. *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, cit., p. 18

esto no logra dilucidar la naturaleza de la autoridad; tampoco se aclara para qué son esas condiciones; no explica qué es tener o ser autoridad.

*Segundo modelo.* Este intenta dilucidar la naturaleza de la autoridad describiendo las condiciones necesarias o suficientes para tener autoridad legítima (*de jure*). De acuerdo con esta explicación, el concepto de autoridad debe ser explicado describiendo cómo pueden ser justificadas las pretensiones de autoridad, mejor, cómo se justifica una decisión autoritativa.

Para este modelo, la autoridad debe ser explicada con referencia a cierto tipo de acto al cual justifica; y parece al menos *prima facie*, que decir que uno tiene autoridad debe indicar que uno podría estar justificado o ser capaz de requerir ciertas acciones sin comprometerse en alguna forma en cuanto a la naturaleza de la justificación. Sin embargo, nadie ha logrado delinear el tipo de argumento cuya invocación equivalga a una pretensión de autoridad.

Joseph Raz analiza los argumentos de Richard Tuck quien sugiere que las declaraciones de la autoridad política, son enunciados destinados a anular la crítica de una acción política, pero no son justificaciones auténticas. Nadie, afirma Tuck, tiene un derecho a una posición de autoridad (política) y la única manera de justificar la autoridad política es con argumentos del siguiente tipo: 1) la acción propuesta o realizada es correcta si alguien la realiza; 2) no es correcto ni incorrecto que la persona para quien la autoridad es reclamada deba ser ese alguien, y 3) que la persona, realmente, realice la acción o se lo proponga.<sup>8</sup>

Hasta aquí, podemos decir que el análisis de la autoridad no consiste exclusivamente en la elucidación de las condiciones bajo las cuales uno tenga autoridad legítima o bien autoridad efectiva. Según Raz, tener autoridad como aptitud para realizar acciones justificadas mediante argumentos de cierto tipo, es una explicación justificativa, no explicación en cuanto aptitud para realizar actos de cierto tipo.<sup>9</sup>

*Tercer modelo.* Para éste, la autoridad es una habilidad para realizar ciertos tipos de acción. Identifica a la autoridad efectiva con el poder sobre los hombres. Poder, es tener influencia, la aptitud de influir en la acción y el destino de los hombres. Desde esta perspectiva, la autoridad legítima puede ser definida como autoridad efectiva justificada y que debe ser obedecida y preservada.

Raz hace una crítica a estas teorías porque para él, la noción de autoridad legítima es la noción primaria; no toda autoridad legítima es efectiva, además la noción de autoridad efectiva no puede ser explicada más que con referencia a la autoridad legítima.<sup>10</sup>

Según Raz, una autoridad política legítima es efectiva en cierto grado. La noción de autoridad legítima no presupone la de la autoridad efectiva, a

---

<sup>8</sup> Tuck, R., *Why is Authority Such a Problem?*, en Laslett, R., et al (Eds.) *Philosophy, Politics and Society*, (4th Series), Basil Blackwell, 1972. Cfr. Raz, Joseph. *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, cit., p. 21

<sup>9</sup> Cfr. Raz, Joseph. *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, cit., p. 21

<sup>10</sup> Raz, Joseph. *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, cit., p. 23

contrario, la noción de autoridad legítima es presupuesta por la de autoridad efectiva. Una persona necesita más que poder para tener autoridad de facto. Necesita o bien sostener que él tiene autoridad legítima o que los otros lo consideren autoridad legítima.<sup>11</sup>

*Cuarto modelo.* Según este modelo, la autoridad debe ser definida con referencia a normas: que una persona tenga autoridad, significa que existe un sistema de normas el cual le confiere dicha autoridad. Según Raz, esta afirmación es discutible, y para demostrarlo, Raz cuestiona la dificultad de sostener que cuando un miembro del público asume autoridad en caso de emergencia (durante algún tipo de catástrofe; un incendio por ejemplo) su autoridad derive de una norma. Por esto Raz sostiene que la definición propuesta, tiene que ser relativizada de tener autoridad de acuerdo con algún sistema de normas. Sin embargo, esta noción rompe la conexión entre autoridad y razón práctica.<sup>12</sup>

La autoridad es un concepto práctico y sus cuestiones son prácticas también, mejor, los enunciados de que alguien tiene autoridad pueden servir como premisas en inferencias prácticas. Una explicación de la autoridad tiene que explicar la relevancia práctica del concepto y cómo es susceptible de figurar en inferencias prácticas. Que alguien tenga autoridad de conformidad con cierto sistema de normas no tiene, de por sí, ninguna relevancia práctica.<sup>13</sup> Por ello, Raz se propone explicar la noción de autoridad legítima no-

---

<sup>11</sup> *Idem.*

<sup>12</sup> *Cfr. Raz, Joseph, op. ult. cit., p. 24*

<sup>13</sup> X puede estar investido para ordenar que Y o, sin embargo, no existe ninguna norma n que diga n [Y o], por lo que Y -o, o mejor, no hay una razón para que Y o, lo que significa que no tiene ninguna relevancia práctica el que XF[n (Y o)], si Y -o.

relativizada en forma que demuestre su relevancia para el razonamiento práctico.

La postura de Wolff de que la autoridad es el derecho a mandar y correlativamente el derecho de ser obedecido es calificada por Raz como correcta pero inexacta y poco clara. Inexacta porque autoridad es derecho a hacer otras cosas distintas de mandar y ser obedecido, y no es clara porque la noción de derecho es más completa y problemática que la de autoridad.<sup>14</sup>

Raz sugiere como la mejor explicación que existe de autoridad la que propone John Lucas para el que "un hombre o grupo de hombres tiene autoridad si de su dicho 'que ocurra X' se sigue que X debe ocurrir".<sup>15</sup>

Lucas explica a la autoridad, como la aptitud para realizar una acción y considera la acción relevante como aquella que cambia la situación normativa. La definición de Lucas, según Raz, implica que una persona tiene autoridad si su dicho 'que suceda X' es una razón para que X suceda o mejor X tiene autoridad sobre Y si su dicho 'que Y  $\sigma$ ' es una razón para que Y  $\sigma$ . A esto Raz le llama explicación simple.<sup>16</sup>

Consideramos que Raz no quiere decir que la autoridad sólo pueda ser explicada en términos de razones; él prefiere este tipo de explicación porque éstas, tratan de mostrar el papel de los enunciados de autoridad dentro del

---

<sup>14</sup> Cfr. Raz, Joseph. *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, cit., p. 26

<sup>15</sup> Lucas, John. *The Principles of Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1966, p. 16. Cfr. Raz, Joseph. *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, cit., p. 23

<sup>16</sup> Cfr. Raz, Joseph, *op. ult. cit.*, p. 26

razonamiento práctico de forma directa, más que a través de la mediación de otros conceptos.

Raz distingue entre razones parciales y razones completas.<sup>17</sup> El profesor de Oxford, centra su atención en el análisis de la autoridad sólo en función de las segundas. Según Raz, la explicación simple no logra distinguir adecuadamente entre el ejercicio intencional de autoridad y el ejercicio no intencional de autoridad, además de que no presta atención a la distinción entre ser autoridad y tener autoridad y pasa por alto el hecho de que uno necesita autoridad para otorgar permisiones y conferir facultades.<sup>18</sup>

La explicación simple, dice Raz, ha generado varias objeciones. La *primera objeción*, considera que asumir que las expresiones de una autoridad son razones absolutas, hace muy improbable la existencia de autoridades legítimas y parece que habría muy pocas autoridades de facto. Por otro lado, si la autoridad se explica en términos de aptitud para emitir instrucciones absolutamente obligatorias, entonces, pareciera que hay muy pocas autoridades reconocidas en el mundo y ninguna que de ellas es legítima.

Si por el contrario, sigue diciendo Raz, asumimos que las expresiones autoritativas son razones *prima facie*, habría que comparar una orden con una petición y ambas con un consejo. Las tres habrá que identificarlas con actitudes, creencias e intenciones de su fuente, no por la forma en que son

---

<sup>17</sup> Para un mejor estudio de los tipos de razones, véase el libro de Raz, Joseph. *Practical Reasons and Norms*, Londres, Hutchinson & Co. Ltd., 1975. Existe traducción al castellano de Juan Ruiz Manero, *Razón Práctica y Normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

<sup>18</sup> Raz, Joseph. *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, cit., p. 27.

recibidas por sus destinatarios, puesto que el hecho de que a uno se le ordene, pida o aconseje realizar una acción puede ser una razón para realizarla y puede ser considerada así por el destinatario.

Desde el punto de vista del destinatario, no existe ninguna diferencia entre que se le ordene, pida o aconseje, salvo que se infieran o impliquen diferentes intenciones, creencias o actitudes en la persona que ordena, pide o aconseja.

La principal intención en aconsejar es transmitir información sobre lo que moralmente es bueno o malo, lícito o ilícito, en su interés. Si existe la intención de influir en el destinatario se influye en él haciéndolo consciente de la situación. Quien aconseja tiene que intentar que el consejo sea tomado como una razón para creer que lo que él dice es verdadero, correcto o justificado, pero no necesariamente intenta que el consejo sea considerado como una razón para actuar.

Pedir y ordenar implican la intención de erigirse como una razón para realizar el acto pedido u ordenado. Sin embargo, si las consideramos en un balance de razones; junto a la petición, pueden existir otro tipo de razones que pueden superarla, mientras que una orden, no es considerada meramente como otra razón que agregar al balance de razones. La intención en una orden, es que el destinatario la considere como una razón para actuar con independencia de cualquier otra razón en contra que pudiera existir; ésta es la diferencia relevante.

El punto clave de esta objeción es que uno requiere autoridad para estar autorizado a mandar, sin embargo, uno no necesita ser autorizado a pedir. El hecho de que uno esté autorizado a pedir no implica que uno tenga autoridad sobre el destinatario de la petición. Por el contrario, que uno esté autorizado a mandar implica que uno tiene autoridad sobre el destinatario del mandato. Una petición hecha por una persona autorizada a hacerla, es una razón *prima facie* válida para su destinatario. Un mandato emitido por una persona autorizada a hacerlo es un mandato válido, es una razón de más peso que una petición válida.

Esta objeción se basa en el argumento de que si la autoridad es la aptitud para cambiar razones mediante ciertas expresiones, entonces las expresiones de autoridad son algo más que razones *prima facie* pero menos que razones absolutas, lo cual, asegura Raz, es imposible.<sup>19</sup>

La segunda objeción, se basa en el argumento de que las expresiones de la autoridad, no siempre necesitan ser razones para actuar, aunque frecuentemente se presenten como tales. Para explicar este contrargumento a la explicación simple, Raz recurre a un ejemplo: "considérese la siguiente situación: Me encuentro conduciendo mi automóvil en campo raso y con perfecta visibilidad y no hay ningún otro ser humano... en millas a la redonda. Llego al semáforo en luz roja. ¿Tengo alguna razón para parar? No existe peligro para ninguno y cualquier cosa que haga no será conocida por nadie ni afectará mi actitud, sentimientos o creencias sobre la autoridad en el futuro. Muchos dirán que no existe ni la mínima razón para parar... en tales

---

<sup>19</sup> Cfr. Raz Joseph. *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, cit., p. 31

circunstancias. Esto en ninguna forma contradice el reconocimiento como autoridad legítima de aquellos que establecen las regulaciones de tránsito".<sup>20</sup>

Con los anteriores argumentos, Raz pretende demostrar que las expresiones de autoridad pueden ser tenidas como legítimas sin considerarlas como razones para actuar.

Raz afirma que aunque las mencionadas objeciones son suficientes para desfondar la explicación simple, ésta es correcta en su visión fundamental -que la autoridad es la aptitud para cambiar razones para actuar-.

Raz critica tales objeciones, porque según él, un consejo es emitido para creer no para actuar. El destinatario puede considerarlo como una razón para actuar y al mismo tiempo como una razón excluyente para no tomar en cuenta las razones en contra. Una persona puede estar justificada en tomar el consejo que recibe como una razón protegida, aun cuando el consejo no sea dado con la intención de que sea considerado como una razón protegida.

Las órdenes, según Joseph Raz, son emitidas con la intención de que sus destinatarios las consideren protegidas. Sólo se está autorizado a dar órdenes cuando se tiene autoridad sobre el destinatario.

La orden, dice Raz, puede ser una razón válida de primer orden para realizar el acto, aunque no sea una razón excluyente válida para no actuar en base a razones en contra; puede ser tanto una razón válida de primer orden

---

<sup>20</sup> *Idem.*

como una razón excluyente válida, aun cuando la persona que la emite no tenga autoridad para hacerlo. Sin embargo, asegura Raz, siempre será una razón válida de primer orden y una razón excluyente si quien la emite tiene autoridad de hacerlo.<sup>21</sup>

Las razones excluyentes pueden excluir la acción de todas o sólo de algún tipo de las razones en contra, por lo que sostener que las órdenes son razones de primer orden así como razones excluyentes, no equivale a decir que las órdenes sean razones absolutas. Raz sostiene que las órdenes pueden no excluir ciertas razones en contra y en este caso uno tiene que decidir lo que hay que hacer en base al balance de razones no excluidas de primer orden, incluyendo la propia orden como una razón *prima facie* para llevar a cabo la acción ordenada.

La diferencia entre una razón excluyente y una de primer orden es que las primeras excluyen por clase y no por peso, es decir, pueden excluir razones de mucho peso pertenecientes a una clase y no excluir otras triviales que pertenecen a otro género. Difieren también en la forma en que las consideramos. Sucede que algunos hechos son razones de mucho peso que superan otras en contra, las que no tienen por efecto modificar el balance de razones, sino evitar que se actúe en base al mismo. Esta diferencia en el funcionamiento, explica la diferencia entre órdenes y peticiones.

Las órdenes válidas no son necesariamente razones de más peso o importancia que las peticiones válidas. Una petición es una razón para actuar

---

<sup>21</sup> Raz, Joseph. *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, cit., p. 38.

sólo si ésta, inclina el balance de razones. Las órdenes están hechas para que prevalezcan, aunque no inclinen el balance mencionado; tienen la intención de que sean consideradas como razones para excluir otras en contra de la realización de la acción ordenada. Una orden tiene que excluir, al menos, consideraciones sobre los deseos efectivos del destinatario. Por esto Raz, considera a las órdenes como razones protegidas para actuar.

De esta forma, dice Raz, emitir una petición es someterse al juicio del destinatario en base al balance de razones; pero quien manda, trata de que el destinatario coloque su autoridad en lugar de su juicio en base al mencionado balance.

A la objeción que niega que las instrucciones autoritativas sean siempre razones para actuar, Raz encuentra que si uno acepta la legitimidad de una autoridad, uno se compromete a seguirla ciegamente; uno debe seguirla con independencia de las propias opiniones sobre los méritos del caso. Para ello, Raz explica lo que es y lo que significa tener poder normativo.

Una razón para actuar por una razón, sería, por ejemplo, la instrucción de un padre de obedecer a la madre,<sup>22</sup> es una razón para actuar siguiendo la instrucción de la madre, la cual es por sí misma una razón.<sup>23</sup> A la razón para actuar por una razón, Raz la denomina de segundo orden positiva, esto significa reconocer la existencia de razones de segundo orden negativas, *i.e.*, *razones excluyentes*, es decir, razones para abstenerse de actuar por una razón.

---

<sup>22</sup> E. g. "... obedece a tu madre, cuando te pida que te abrigues"

<sup>23</sup> "... si vas a salir ponte el abrigo"

Algunas veces, una persona puede tener una razón para realizar una acción y, también una razón para no actuar por ciertas razones que están en contra de esa misma acción. En ocasiones el mismo hecho es, al mismo tiempo, una razón para una acción y una razón excluyente. A esto, Raz denomina, razones protegidas para actuar.<sup>24</sup>

*Poder normativo*, según Joseph Raz, es la "aptitud para cambiar razones protegidas. Más precisamente, un hombre tiene poder normativo si puede, por una acción suya, ejercer poder normativo. Un acto es ejercicio de poder normativo si hay razón suficiente para considerarlo como una razón protegida o como cancelando una razón protegida y si la razón para considerarlo así es que es deseable habilitar personas para cambiar, por tales actos, razones protegidas si quieren hacerlo".<sup>25</sup>

Para Raz, existen tres formas por las cuales los titulares de poder, pueden cambiar razones protegidas:

*Primera.*- Emitiendo una razón excluyente.

*Segunda.*- Emitiendo una expresión de poder que otorgue una permisión para realizar una acción hasta entonces prohibida por una instrucción excluyente. Raz, las denomina 'permisiones cancelatorias', porque cancelan razones excluyentes.

---

<sup>24</sup> Raz, Joseph. *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, cit., p. 33

<sup>25</sup> *Idem*.

*Tercera.*- Confiriendo poder a una persona. Esta forma no cambia razones protegidas, pero habilita a una persona a cambiarlas.<sup>26</sup>

Hasta aquí, y siguiendo a Joseph Raz, hemos tratado de explicar la íntima relación que existe entre poder normativo y autoridad. En la explicación simple de autoridad, el poder es un caso especial de ésta.

La autoridad es la aptitud de cambiar razones, mientras que el poder es la aptitud de cambiar razones protegidas. Sin embargo, a la luz de las objeciones a la explicación simple, se debe considerar la autoridad fundamentalmente como una especie de poder.

Es importante ahora, distinguir entre autoridad sobre las personas y autoridad para realizar ciertas acciones.

Todo aquel que es autoridad, tiene autoridad sobre la gente, pero no todo aquel que tiene autoridad es autoridad. Una persona es autoridad si de manera relativa, permanente y penetrante tiene autoridad sobre las personas.

Según Raz, cuando se habla de la autoridad de una persona sobre sí misma, habrá que referirse a su poder para otorgar permisiones y poderes. En este sentido, una persona tiene autoridad para realizar una acción, si se le ha otorgado permiso de realizarla o si se le ha dado poder para efectuarla por quien tiene poder para hacerlo. La fuente de autoridad de una persona para

---

<sup>26</sup> *Ibidem.*

realizar un acto, debe encontrarse en el poder para conferirlo; sin embargo, no necesita tener autoridad sobre la persona en quien confiere autoridad.

Según Raz, la autoridad para actuar está íntimamente relacionada con la autoridad sobre las personas, aunque de una manera un poco más indirecta. Sólo cuando los intereses de una otra persona son afectados por el acto, hablamos de él como autorizado. Uno tiene autoridad de hacer sólo aquellas cosas que le ha dado permiso de hacer aquel que tiene autoridad sobre la persona cuyos intereses son afectados.<sup>27</sup>

A partir de lo anterior, Raz define que *X tiene autoridad para Ø-r* como: existen un Y y una Z tal que,

- (1) Y le permite a X Ø-r o le da poder para hacerlo,
- (2) Y tiene poder para hacerlo,
- (3) El que X o afectará los intereses de Z y Y tiene autoridad sobre Z.<sup>28</sup>

Los mandatos de la autoridad legítima son hechos que constituyen razones para actuar de cierta forma y en contra de otras. Si la autoridad sobre las personas es poder normativo sobre éstas, una orden dada por una autoridad legítima supone la negación del derecho a actuar en base a los méritos del caso. La razón justifica el abandono de la autonomía.

---

<sup>27</sup> Cfr. Raz, Joseph. *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, cit., p. 35

<sup>28</sup> Raz, Joseph. *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, cit., p. 36

Raz critica la postura de Wolf sobre que no existen razones excluyentes válidas, esto, asegura Raz, equivale a considerar que todas las razones son razones de primer orden y pasar por alto la posibilidad de la existencia de razones de segundo orden, lo que quiere decir que no hay nada en el principio de autonomía que exija el rechazo de toda autoridad.<sup>29</sup>

### **3. El derecho como un sistema normativo que pretende autoridad**

El derecho es un hecho social y un orden normativo. Raz considera al derecho como un sistema que pretende autoridad o, de mejor forma, que todos los sistemas jurídicos pretenden autoridad.

La opinión de que el derecho goza de autoridad efectiva es, dice Raz, una opinión muy conocida. La población puede reconocer la autoridad legítima de una persona, en base a que ella tiene el control social; sin embargo, esto no significa que el control sea suficiente y que la aceptación de la pretensión de autoridad legítima sea una condición lógica necesaria para la existencia de una autoridad de facto.

Todas las autoridades efectivas presuponen la creencia de que la persona en cuestión tiene autoridad legítima. Una persona es autoridad, si sus expresiones son razones protegidas para actuar, *i.e.*, razones para realizar las acciones que ellas indican y pasar por alto consideraciones en contra.

---

<sup>29</sup> Cfr. Raz, Joseph. *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, cit., p. 42

Cabe ahora preguntarse si ¿es posible hablar de la autoridad del derecho? El derecho tiene autoridad, si la existencia de una norma jurídica que requiere cierta acción es una razón protegida para realizar esa acción, mejor, una norma es autoritativa si su existencia es una razón<sup>30</sup> para realizar una acción y discriminar o excluir otras consideraciones en contra.

El derecho tiene autoridad si su existencia es considerada por sus destinatarios, como una razón protegida para obedecer, porque es un rasgo esencial del derecho que pretenda autoridad legítima.<sup>31</sup> El derecho pretende que la existencia de normas jurídicas sea una razón para actuar conforme al requerimiento de la propia norma. La existencia de una norma jurídica relevante, es una razón que inclina el balance y proporciona una razón suficiente para el acto requerido. Que se obedezca una norma jurídica, mejor, que se obedezca el derecho es porque el derecho se presenta como la razón para actuar, aun en ausencia de otras razones.

La pretensión del derecho de ser autoridad legítima, según Raz, contiene no sólo la pretensión de ser razón para la acción, sino también la de ser razones excluyentes para pasar por alto razones para la no conformidad.<sup>32</sup> Las razones no jurídicas, no justifican la desviación de una disposición jurídica salvo cuando tal justificación es permitida por una específica doctrina jurídica.

---

<sup>30</sup> 'Razón' en el sentido de razón válida o justificable.

<sup>31</sup> La noción de autoridad del derecho no se basa sólo en la fuerza o en la amenaza de la fuerza; depende como generalmente se ha aceptado, de influencia, de aceptación. El derecho pretende autoridad y su reconocimiento.

<sup>32</sup> La existencia de una norma que indique que cierta conducta debe realizarse, es por sí misma una razón para la acción que descalifica cualquier otro tipo de razones para actuar de forma indebida serían conductas indeseables por el derecho, son las conductas que indirectamente prohíbe el derecho. O de la forma E n(o) elimina la posibilidad de -o o lo que es lo mismo E n(o) es equivalente a n Pr(-o).

El derecho tiene una imposibilidad práctica para otorgar a las razones que puedan afectar a un agente todo su peso; esto, porque se podría pensar que el derecho debe reconocer todas las consideraciones relevantes, y que la falta de tal reconocimiento es un defecto moral del derecho que le es inevitable porque le es prácticamente imposible reconocer todas las consideraciones relevantes de los casos a los cuales se aplica. Si el derecho tiene autoridad moral, entonces esa autoridad tiene que ser establecida.

Otra causa del no reconocimiento es la inadvertencia. Esto significa que al establecerse el derecho, puede que uno no se percate de que existen o existirán en el futuro razones muy apremiantes para desviarse de él.

Los anteriores argumentos, los invoca Raz, para explicar y defender que el derecho pase por alto razones válidas y de peso, ya que el problema, dice el profesor de Oxford, no consiste en cómo justificar estos hechos, sino en cómo interpretarlos.<sup>33</sup>

Imaginemos que existe una norma *n* que exige una conducta *o* y que en una ocasión muy particular existe una razón *R* para no *o-r*. El derecho requiere que uno no actúe por esa razón. Lo que se excluye por una disposición jurídica no son todas las demás razones, sino únicamente aquellas que no están jurídicamente reconocidas.<sup>34</sup> El derecho debe ser concebido como un conjunto de razones que determinan lo que es requerido por el propio derecho.

---

<sup>33</sup> Raz, Joseph. *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, cit., p. 49

Podemos afirmar ahora que el derecho pretende autoridad, ya que se presenta como un conjunto de patrones autoritativos y requiere de todos sus destinatarios, el reconocimiento de su validez.

#### 4. *¿Por qué el derecho es obedecido?*

Para quien considera el derecho como socialmente normativo, esta cuestión no puede ser contestada indicando que éste es normativo. El derecho es normativo en razón de ciertos hechos sociales. El derecho es obedecido, cuando mucho, por razones morales. La normatividad del derecho y la obligación de obedecerlo son nociones distintas. Sin embargo, esto no es así para las personas que admiten únicamente el concepto de normatividad justificada; ya que para éstos juzgar el derecho como normativo, es juzgarlo como justo y admitir que debe ser obedecido.

Los conceptos de normatividad del derecho y de obligación de obedecerlo están analíticamente relacionados. Para Kelsen, el derecho es válido, *i.e.*, normativo, sólo si uno debe obedecerlo.<sup>34</sup> Por 'validez' se entiende la fuerza obligatoria del derecho, *i.e.*, la idea de que debe ser obedecido por la gente cuya conducta el derecho regula. Que una norma sea válida, significa que es obligatoria, que el individuo deba comportarse de la manera determinada en la norma misma.

---

<sup>34</sup> De esta forma, si una razón moral, política o económica, funciona como razón para no actuar conforme a una disposición jurídica, es porque la misma disposición o alguna otra del mismo sistema, contempla la posibilidad de apartarse de ella. *i.e.*, la misma disposición jurídica, contempla su carácter *prima facie*.

<sup>35</sup> Kelsen Hans. *Teoría General del Derecho y el Estado*, UNAM, 1988, pp. 34 y 49.

Pienso que Raz tiene razón cuando sostiene que si una norma jurídica es obedecida, mejor, que si el derecho es obedecido es porque éste, se presenta como la razón para actuar, aún en ausencia de otras razones.

### ***5. Conclusiones al tercer capítulo***

El problema de la autoridad del derecho es una cuestión práctica sobre la cual la filosofía jurídica se ocupa de la forma en que afecta la deliberación práctica y las consideraciones morales, el hecho de que cierta acción tenga alguna consecuencia jurídica.

El significado jurídico de autoridad que presupone la idea de una investidura, de una potestad o facultad que indica el poder o capacidad de un individuo o grupo de individuos para modificar una situación jurídica existente.

Uno de los rasgos característicos del derecho es que éste pretende autoridad (moral) sobre sus destinatarios. Efectivamente, el derecho es un sistema de autoridad de doble nivel. El primer nivel consta sólo de las normas que han sido aceptadas o dictadas por las autoridades políticas del país. El segundo nivel, por su parte, consta sólo de aquellas normas cuya aplicación se confía a las instituciones aplicadoras del derecho u órganos primarios, como diría Raz. Pienso que para que el derecho tenga autoridad, el mejor criterio es que ambas condiciones deben satisfacerse; la primera condición servirá para dar cuenta del hecho de que el derecho pretende autoridad para sí mismo, y la segunda, sirve para dar cuenta del especial papel de los tribunales y otras instancias similares en el derecho.

La autoridad del derecho es independiente de cualquier otro tipo de autoridad, es exclusiva y excluyente, es primaria, dado que manifiesta se manifiesta proscribiendo o legitimando las actividades de las demás instituciones sociales.

La noción de autoridad del derecho, no se basa sólo en la amenaza o en la fuerza de la amenaza, depende de influencia, de aceptación en los destinatarios de las razones autoritativas.

El derecho es un sistema que pretende autoridad y su reconocimiento. El derecho tiene autoridad, ya que la existencia de una norma jurídica es una razón protegida y excluyente para realizar una acción y discriminar o excluir otras consideraciones en contra. El derecho tiene autoridad, si su existencia es considerada por sus destinatarios, como una razón protegida para actuar (obedecer).

El derecho se obedece porque se presenta como la razón para actuar, aún en ausencia de otras razones. El derecho pretende ser razón excluyente, ya que las razones no-jurídicas, *per se*, no justifican la desviación de una disposición jurídica; pueden justificarla sólo cuando tal desviación está permitida por una disposición del mismo sistema.

Debemos convenir que el derecho tiene una imposibilidad práctica para otorgar todo su peso a las razones que pudieran afectar a un agente. Podría pensarse que el derecho debe reconocer todas las consideraciones relevantes y que esta falta de reconocimiento, es un defecto moral; sin embargo, pienso que el derecho no puede o le es prácticamente imposible reconocer todas las consideraciones relevantes de los casos a los cuales se aplica.

Por otro lado, el derecho tampoco puede percatarse de que en el futuro existirán razones muy apremiantes para apartarse de él. Por ello, estoy de acuerdo con la solución de Raz a estos problemas: el derecho pasa por alto razones válidas y de peso, porque el problema no consiste en cómo justificar los hechos, sino cómo interpretarlos.

**CAPITULO CUARTO**

**EL PROBLEMA DE LOS SISTEMAS JURIDICOS**

**FALTA PAGINA**

**No 86 a la.....**

## EL PROBLEMA DE LOS SISTEMAS JURIDICOS

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* a) *La tesis imperativa del derecho.* b) *John Austin.* c) *Una propuesta para una teoría de las normas.* d) *El problema de la individuación de las disposiciones jurídicas.* e) *Kelsen.* 2. *La teoría de Joseph Raz.* a) *La estructura de los sistemas jurídicos.* b) *La identidad de los sistemas jurídicos.* c) *La existencia de los sistemas jurídicos.* 3. *Fuentes del derecho, normatividad e individuación.* a) *La tesis de las fuentes del derecho.* b) *La individuación en general.* c) *El carácter normativo del derecho.* 4. *Conclusiones al cuarto capítulo.*

### 1. Introducción

Las teorías del derecho comúnmente se preocupan, por una definición o un concepto de lo que es el derecho.<sup>1</sup> Para Joseph Raz una definición de norma o disposición jurídica y, en general, del derecho, depende de una teoría del sistema jurídico, porque según el profesor de Oxford, no puede ser exitoso penetrar a la naturaleza del derecho con el intento de analizar qué es una disposición jurídica o qué es una norma jurídica.

Raz define a los sistemas jurídicos como "intrincadas urdimbres de disposiciones jurídicas interrelacionadas"<sup>2</sup> De esta forma, a la filosofía del derecho le preocupa encontrar los criterios que le permitan definir un sistema

<sup>1</sup> En este Capítulo, hemos seguido, fundamentalmente, el estudio del profesor Rolando Tamayo y Salmorán. "La teoría de Joseph Raz sobre los sistemas jurídicos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XIV, núm. 42 (septiembre-diciembre de 1981), pp. 1147-1195 y el libro: *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976 (Serie G: Estudios Doctrinales, Núm. 16), en donde el profesor Tamayo elabora una brillante teoría sobre los sistemas jurídicos.

<sup>2</sup> Pocas cuestiones referentes a la sociedad humana han sido preguntadas con tanta persistencia y contestadas en formas tan diversas, extrañas e incluso paradójicas, como es la cuestión, ¿qué es el derecho? Cfr. Tamayo y Salmorán Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*, cit., p. 21. Carlos S. Nino también reconoce que esta pregunta es quizá la que mayor escozor y desorientación provoca entre los juristas. Cfr. *Introducción al Análisis del Derecho*, Segunda Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 11.

<sup>3</sup> Raz, Joseph. *El Concepto de Sistema Jurídico. Una introducción a la Teoría del Sistema Jurídico*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, p. 154.

jurídico. Joseph Raz intenta mostrar esos criterios definitorios y demanda así, una reorientación de la filosofía jurídica.<sup>4</sup>

Una teoría completa del sistema jurídico se compone, según Raz, por las soluciones a los siguientes problemas: *existencia, identidad, estructura y contenido* de los sistemas jurídicos, pero para que un estudio sea considerado como una teoría, debe, por lo menos, dar solución a los dos primeros problemas.

Los criterios de existencia e identidad son parte necesaria de cualquier adecuada definición de sistema jurídico, porque ellos nos permiten determinar si un sistema jurídico existe y reconocer las disposiciones de un específico sistema.

Raz sostiene que una teoría del sistema jurídico es prerequisite de cualquier adecuada definición de disposición o norma jurídica. Para Raz, una teoría correcta del sistema jurídico tiene que tener en cuenta los rasgos más característicos del derecho, *i.e.*, su naturaleza normativa, institucional y coercitiva.

Los trabajos de Bentham, Austin y Kelsen proporcionan a Joseph Raz el punto inicial para la elaboración de su teoría de los sistemas jurídicos.

La teoría de John Austin la examina, en principio, con el propósito de introducirnos al problema. Posteriormente examina los elementos de una teoría de las normas donde analiza y compara las doctrinas de Jeremy Bentham y Hans Kelsen.

Como aparente conocedor de las teorías mencionadas, Raz quiere mostrar sus puntos vulnerables. Como buen analítico, Raz plantea los problemas a los que se enfrentan las teorías sobre los sistemas jurídicos y va construyendo, a través de un método crítico, sus sugerencias.

---

<sup>4</sup> Cfr. Fitzgerald, J. "The Concept of a Legal System by Joseph Raz", en *The Modern Law Review*, vol. 32, núm. 5, septiembre de 1971, p. 586.

En su explicación del sistema jurídico, Raz distingue varias relaciones entre disposiciones jurídicas. Las relaciones internas, según Raz, son aquellas que existen entre dos disposiciones jurídicas si, y sólo si, una de ellas es condición (o parte de ella) para la existencia de la otra, o bien, afecta su significado o aplicación.<sup>5</sup> Las disposiciones que confieren facultades a una institución para la creación de nuevas disposiciones jurídicas o las disposiciones que exceptúan la realización de una conducta obligatoria, son ejemplos de este tipo de relaciones.

Según Raz, ciertas relaciones internas, son necesarias para la existencia de los sistemas jurídicos, entre ellas:

- (1) aquella que se presenta en razón de una disposición imperativa y su correlativo acto de coacción para el caso de incumplimiento;
- 2) las relaciones genéticas que se presentan entre una disposición jurídica y aquella otra que autoriza su existencia<sup>6</sup> y,
- 3) las "relaciones regulativas", que veremos cuando se analicen las disposiciones que confieren facultades.

Para Kelsen, los sistemas jurídicos son sistemas constituidos por normas jurídicas. Según el profesor austriaco, la coercitividad es la nota distintiva de los sistemas normativos que son jurídicos.

Raz, por su parte, pone en duda que la coercitividad sea condición necesaria de un sistema jurídico.<sup>7</sup> Para Joseph Raz, si bien todos los sistemas jurídicos que conocemos, incluyen normas que estipulan sanciones, esta no es una circunstancia que impone la naturaleza humana y no es lógicamente necesario que exista para calificar a un sistema de jurídico. Según Raz, lo que

---

<sup>5</sup> Raz, Joseph. *El Concepto de Sistema Jurídico*, cit., p. 24

<sup>6</sup> Raz, Joseph. *El Concepto de Sistema Jurídico*, cit., p. 184

<sup>7</sup> Raz, Joseph. *Practical Reasons and Norms*, Londres, Hutchinson of London, 1975. La segunda edición fue publicada por Princeton University Press, 1990. (Existe versión española de Juan Ruiz Manero; *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991).

## EL PROBLEMA DE LOS SISTEMAS JURIDICOS

si es necesario en un sistema jurídico, es la existencia de reglas y tribunales para saber lo que se "debe" hacer.

Para Carlos S. Nino este argumento no resulta convincente, ya que mucha gente dudaría en llamar derecho a un sistema que no estipula medidas coactivas.<sup>8</sup>

Con la explicación de las relaciones internas, Raz trata de mostrar la estructura de los sistemas jurídicos. La percepción y articulación de los modos y la compleja estructura lógica interna de los sistemas jurídicos, constituyen una de las principales aportaciones de Raz a la teoría del derecho.

Según Raz, todo sistema jurídico presenta un mínimo de complejidad necesaria y contiene un catálogo de relaciones internas necesarias. El profesor Raz advierte que su trabajo es una introducción más que una acabada teoría de los sistemas jurídicos. El autor de *The Concept of a Legal System*, propone doce tesis que permiten penetrar a la naturaleza del sistema jurídico.

La exposición de Raz, proporciona explicaciones claras de diversos conceptos de la teoría jurídica; tales como, 'validez', 'eficacia', 'soberanía', 'derecho subjetivo', 'deber', 'sanción' y otros más.

Para poder elaborar su teoría, Joseph Raz, analiza las teorías de Hans Kelsen y de John Austin, comparándolas y haciendo señalamientos de sus "fallas".<sup>9</sup>

### a) La tesis imperativa del derecho

Kelsen es el primero en tratar de forma explícita el problema del sistema jurídico. Aunque implícitamente puede encontrarse en la obra de John Austin, una teoría completa al respecto. Observa Raz que aunque la teoría de Kelsen

---

<sup>8</sup> Nino, Carlos S. *Introducción al Análisis del Derecho*, cit., p. 104.

<sup>9</sup> Cabe aclarar aquí, que el Kelsen que Raz conoce es el Kelsen de Hart (*Kelsen visited, Kelsen revisited* y *Kelsen's Doctrine of the Unity of Law*) y acaso el de la Teoría General del Derecho y del Estado.

## EL PROBLEMA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

1) no puede explicar satisfactoriamente partes importantes del derecho constitucional, especialmente el problema de la delegación de facultades legislativas, toda vez que toda disposición jurídica es el mandato del soberano; y

2) el hecho de que convierta la obediencia personal al soberano en condición de existencia del sistema jurídico, conduce a una distorsionada imagen de la duración del sistema jurídico. ¿Qué pasa si el soberano muere? ¿sus mandatos ya no deben ser obedecidos?, mejor, como la comunidad política independiente debe obediencia habitual al soberano, ahora que ya no existe, ¿es que no tienen razones para conducirse conforme a ese mandato? Esto, dice Raz, no es un punto claro en Austin.

Después de mostrar los problemas a los que conducen las ideas austinianas de la ilimitabilidad de la soberanía<sup>11</sup> y de la obediencia personal, Raz introduce un concepto muy importante en el análisis de los sistemas jurídicos: la distinción entre sistema jurídico momentáneo y sistema jurídico propiamente dicho.

El sistema jurídico momentáneo es una subclase del sistema jurídico. Para cada sistema jurídico momentáneo existe un sistema jurídico que contiene todas sus disposiciones jurídicas. Raz señala que la teoría de Austin es una adecuada explicación de un sistema jurídico momentáneo, pero su explicación del sistema jurídico propiamente dicho es fundamentalmente defectuosa. Según Raz, toda teoría del sistema jurídico tiene que satisfacer el prerrequisito de que es lógicamente imposible para un sistema jurídico contener un sistema jurídico momentáneo vacío, esto es, no existe un momento en el cual un sistema jurídico exista y que no contenga disposiciones jurídicas (*laws*) válidas en ese momento.

Raz afirma también, que Austin no logra establecer la unicidad de la soberanía y por ello su criterio de identidad no puede ser aceptado. El principio

---

<sup>11</sup> La ilimitabilidad de la soberanía significa que el soberano no se encuentra sometido a nadie.

difiere en puntos importantes de la de John Austin, puede considerarse como una variación de la misma teoría. Propone considerar esas explicaciones, como dos variantes de lo que llama el '*imperative approach*' (tesis imperativa).

### **b) John Austin**

La doctrina de Austin<sup>10</sup> permite describir fácilmente los elementos fundamentales de la tesis imperativa. Raz señala, que la teoría de Austin sobre el sistema jurídico está implícita en su definición de 'disposición jurídica' ('a law'), a saber: una disposición jurídica ('a law') es un mandato general de un soberano dirigido a sus súbditos. En esa definición, Raz encuentra tanto el criterio de identidad y membrecía del sistema jurídico, como criterio de existencia de los órdenes jurídicos.

Según Austin, una norma existe, si es emitida por el soberano, como el deseo de voluntad de un ser racional para que otro ser racional se someta (haga u omita) a la voluntad soberana. El mismo Austin sostiene, que un soberano es habitualmente obedecido por el grueso de la comunidad política independiente. Este es el grado mínimo de eficacia del sistema.

Para esta teoría, una norma forma parte de un sistema si, y sólo si, ésta ha sido emitida por el soberano o ha sido reconocida como formando parte de él, como mandato indirecto del soberano, mediante una decisión judicial.

Según Joseph Raz, la teoría de John Austin excluye la necesidad de una relación interna entre las disposiciones jurídicas del sistema.

La teoría de Austin del sistema jurídico presupone la aplicación de un concepto fundamental: el de "soberano". Por esta razón, Raz examina con cuidado dicho concepto. Raz critica varios defectos de la teoría de Austin que la hacen vulnerable, porque según él Austin :

---

<sup>10</sup> Para un entendimiento claro sobre la teoría del derecho de John Austin, véase Tamayo y Salmorán, Rolando. "La Teoría del Derecho de John Austin", en *Anuario Jurídico*, año XI, núm 11, 1984. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

de origen de las normas jurídicas presupone la unidad de origen de todas las disposiciones jurídicas del mismo sistema. Austin no puede establecer la unidad de la soberanía, por ello dice Raz, no puede establecer un criterio único de identidad.

***c) Una propuesta para una teoría de las normas***

Raz propone que, en principio, la teoría de los sistemas jurídicos debería ser tratada como parte de la teoría de las normas, pero dado lo complejo de esta teoría, recomienda mejor examinar el problema de los sistemas jurídicos de manera independiente. Sin embargo, Raz no deja de ver la importancia de cuestiones relevantes de la teoría de las normas y por ello los plantea teniendo a la vista pasajes de Jeremy Bentham y de Hans Kelsen, quienes desarrollaron su teoría de las normas como fundamento de sus teorías generales del derecho.

Raz aborda tres problemas: i) la doctrina de Kelsen sobre los enunciados normativos, ii) la explicación de Bentham sobre la estructura de las disposiciones jurídicas, y iii) la existencia de las normas jurídicas, tomando como punto de partida ciertos textos de Kelsen.

Como los sistemas jurídicos son sistemas de disposiciones jurídicas, es importante mencionar las características de éstas, y aunque su significado es controvertido, dice Raz, es de tal importancia para la teoría de los sistemas jurídicos, que no puede ser evitado. Más aún, la existencia de un sistema de disposiciones jurídicas implica la existencia de disposiciones jurídicas que pertenecen a él. Esto lleva a Raz a una explicación sobre la existencia, estructura o individuación<sup>12</sup> de las disposiciones jurídicas, que son parte del análisis del concepto de una disposición jurídica. Por otro lado, afirma Raz, que los enunciados normativos son enunciados sobre disposiciones jurídicas.

---

<sup>12</sup> Por individuación de disposiciones jurídicas se entiende la explicación de los criterios que nos permiten una clara identificación y determinación de las disposiciones jurídicas, *i.e.*, las unidades que componen un sistema jurídico.

## EL PROBLEMA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

Para Joseph Raz, el problema de la estructura de un sistema jurídico y el de la individuación de las disposiciones jurídicas están tan íntimamente interrelacionados, que la estructura de un sistema jurídico se encuentra determinada:

- (1) por la selección teórica de principios de individuación de disposiciones jurídicas, y
- (2) por el ingrediente fáctico, así como por la riqueza y complejidad del sistema jurídico considerado.

Para exponer los mencionados problemas, Raz se sirve de partes de las teorías de Bentham y de Kelsen. En su explicación, como muchas veces lo hace Raz, estas teorías son reformuladas e incluso, combinadas. Sobre la teoría de Kelsen acerca de los enunciados normativos, de manera crítica, Raz destaca la ambigüedad de la expresión 'ought' (debe ser), la que según Raz, en ocasiones es usada performativamente -para crear una norma- y en otras descriptivamente -para establecer la existencia de una norma-, para después examinar la doctrina sobre la estructura de una norma jurídica.

Raz piensa que el análisis de Bentham es el mejor estudio acerca de la estructura de una disposición jurídica hecha por un filósofo del derecho de la "tesis imperativa". Raz termina el examen de estos problemas con el estudio de la estructura de la norma jurídica en Kelsen.

Cuando Raz expone el problema de la existencia de las normas jurídicas, se sirve de varios pasajes de la obra de Kelsen. Señala Raz que las ideas de Kelsen sobre la creación de normas jurídicas constituyen un gran avance sobre las teorías de Bentham y John Austin. Según el profesor del *Balliol College*, la distinción de lo que podría llamarse "normas originales" y "derivadas", e.g. normas constitucionales o leyes y normas concretas o individualizadas, así como la presunción de que la gran mayoría de las normas jurídicas son derivadas y que su creación depende de la ocurrencia de eventos autorizados por una norma creadora, debe ser elemento necesario de cualquier explicación adecuada de la creación de normas jurídicas.

***d. El problema de la individuación de las disposiciones jurídicas.***

El tratamiento de Raz al problema de la individuación de las disposiciones jurídicas es, dice el profesor Tamayo y Salmorán, su mayor aportación a la teoría de los sistemas jurídicos.<sup>13</sup>

Según Joseph Raz, en la individuación de las disposiciones jurídicas reside el vínculo entre el análisis de una disposición jurídica y el sistema jurídico. Raz señala que las teorías del derecho pueden generar la equívoca impresión de que el establecimiento de las normas jurídicas es similar a la creación de disposiciones legislativas. Sin embargo, la creación de normas, según Bentham y Kelsen, difiere de manera fundamental de la creación de leyes, reglamentos, etc.

Kelsen señala que los distintos elementos de una norma pueden estar contenidos en diferentes productos de los procedimientos de creación del derecho. Según Joseph Raz este descubrimiento no fue sólo de Kelsen, ya que Bentham, introdujo la idea de que una disposición jurídica no es idéntica a una disposición legislativa o a una ley; de que muchas leyes, de diferentes ramas del derecho, contribuyen al contenido de cada disposición jurídica.

La división teórica del derecho, en disposiciones jurídicas, difiere de la división ordinaria del orden jurídico en códigos, leyes, artículos, etcétera. Esta idea que, en principio pudiera extrañarnos, es muy común. Por ejemplo, puede confirmarse cuando los abogados, y el público en general, al estudiar el derecho sobre una cuestión prefieren consultar libros, los cuales ordenan el derecho conjuntando todo el material jurídico sobre el problema, con independencia de la autoridad que lo haya promulgado o dictado.

La cuestión principal, que ahora nos preocupa, es saber cuáles son los principios que se encuentran detrás de cualquier división teórica del derecho. Los filósofos del derecho tienen que decidir los principios de individuación de las disposiciones jurídicas, porque únicamente mediante el uso de estos

---

<sup>13</sup> Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando. "La teoría de Joseph Raz sobre los sistemas jurídicos", *cit.*, p. 1149.

principios es posible representar el material jurídico en forma diferente a su forma original. Para Kelsen corresponde a la ciencia jurídica representar el derecho de la comunidad, *i.e.*, el material producido por la autoridad jurídica, en forma de enunciados normativos.<sup>14</sup> Por ello, la filosofía jurídica, en lo que a la individuación se refiere, tiene dos tareas:

- (1) formular los criterios que permitan determinar la identidad del material jurídico autoritativo, y
- (2) formular los principios de individuación de las disposiciones jurídicas, determinando qué tanto del material contenido por todo el sistema, corresponde a una disposición jurídica.

Raz dice que Bentham es el único filósofo del derecho que entendió la necesidad e importancia de señalar principios de individuación, además de exponer una doctrina sobre la estructura de las disposiciones jurídicas. Por ello, Raz examina los fundamentos y principios de la teoría de Bentham, señalando las dificultades a que se enfrenta la tesis benthamita, especialmente el principio de que una disposición jurídica es una norma (guía la conducta) que prescribe (impone deberes).

Kelsen, por su parte, no reconoció la necesidad de formular principios específicos de individuación y, es por ello que, según Raz, no proporcionó una solución completa al problema. Sin embargo, el creador de la *Teoría Pura del Derecho* no encuentra dificultad en considerar que una disposición jurídica pueda estar contenida en diferentes partes del material legislativo; producida en diferentes ocasiones y, quizás, por diferentes autoridades. Por ejemplo, considera que el derecho constitucional es parte de cualquier otra rama del derecho.<sup>15</sup>

Raz señala que el más importante principio de individuación de Bentham es el de que una disposición jurídica es una norma y una prescripción. Para

---

<sup>14</sup> Cfr. Kelsen. Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1969, pp. 52 y 53.

<sup>15</sup> Cfr. Kelsen. Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, *cit.*, pp. 169 y 170.

Kelsen, el principio es diferente, según el profesor austriaco, toda disposición jurídica es una norma y una permisión, *i.e.*, toda disposición normativa otorga una permisión. Otro principio de individuación en Kelsen es: que toda disposición jurídica es una norma coercitiva, *i.e.*, una norma que provee una sanción. Dada la importancia de este principio y por la cantidad de problemas que provoca, Raz dedica su atención en muchas partes de su *Concepto de Sistema Jurídico*, a la explicación, de qué debe entenderse por sanciones, mejor, por actos aplicadores de sanciones.

Como resultado de la comparación de las más importantes teorías jurídicas del presente siglo, Raz se pregunta: ¿por qué habrían de preferirse los principios de individuación implícitos en la teoría de Kelsen a los de Bentham?

El profesor Raz encuentra las siguientes razones para ello:

(1) porque existe la implícita creencia en Kelsen de que las propiedades de los sistemas jurídicos, los rasgos que los distinguen de otros tipos de sistemas normativos sociales, son propiedades que distinguen a cada una de las normas jurídicas de aquellas normas sociales no jurídicas;

(2) como quiera que las personas obedezcan el derecho, éste proporciona motivos estándares de obediencia al estipular sanciones. El derecho es caracterizado por Kelsen como la técnica social cuya función consiste en producir un comportamiento social deseado, a través de la amenaza de una medida de coacción la cual habrá de aplicarse en caso de conducta contraria.<sup>16</sup> Al respecto, Raz señala que la manera en que el derecho descansa en esa motivación estándar; la forma en que uno es responsable de sanciones; la forma en que las sanciones se encuentran relacionadas a los actos requeridos por el derecho, de modo a devenir un motivo estándar para la satisfacción de tales deberes, etcétera, se hacen claros si las disposiciones normativas son determinadas de conformidad a los principios de individuación de Kelsen.

---

<sup>16</sup> Cfr. Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 21.

**d) Hans Kelsen**

Según Joseph Raz, la teoría del derecho de Kelsen sólo viene a corregir la de Austin. Creo que tal afirmación es fundamentalmente falsa, ya que Kelsen escribió su teoría mucho tiempo antes de que leyera a Austin.

Señala Raz, que Kelsen no recurre al concepto de 'soberano', como lo hace Austin, y con ello evita muchas de las deficiencias que la teoría austiniana enfrenta. La teoría de Kelsen, no obstante las diferencias, dice Raz, es bastante similar a la de Austin. Ambas solucionan el problema de la existencia acudiendo al principio de la eficacia y ambas fundamentan sus soluciones al problema de la identidad en el principio de origen, *i.e.*, todas las disposiciones jurídicas del sistema tienen el mismo origen.

Raz formula el criterio de existencia en Kelsen de la siguiente manera: un sistema jurídico existe si, y sólo si, llega a obtener, o alcanza, un cierto mínimo de eficacia. La eficacia de un sistema jurídico es, en este caso, una función de la eficacia de sus disposiciones jurídicas. Sin embargo, según Raz, Kelsen parece no decir nada sobre la naturaleza de esta relación ni de cómo debe ser determinado el grado de eficacia. Previamente, Raz comenta con respecto al principio de eficacia en Austin que al reemplazar la "obediencia personal al soberano" por "obediencia a las disposiciones jurídicas", Kelsen mejora sensiblemente el criterio austiniano de existencia de los sistemas jurídicos.

En cuanto al criterio de identidad, sigue diciendo Raz, Kelsen se mantiene leal al principio de origen: la identidad de un sistema jurídico, así como la membresía de una disposición jurídica al sistema, es determinado únicamente por los hechos de su creación. Sin embargo, la fuente de unidad del sistema ya no es un cuerpo legislativo, sino una norma que confiere facultades. La norma fundamental sustituye al soberano, pero según Raz, ninguna otra cosa cambia.

Kelsen, también basa su criterio de identidad en el concepto de 'cadena de validez'. La cadena de validez es el conjunto de todas aquellas normas tales que:

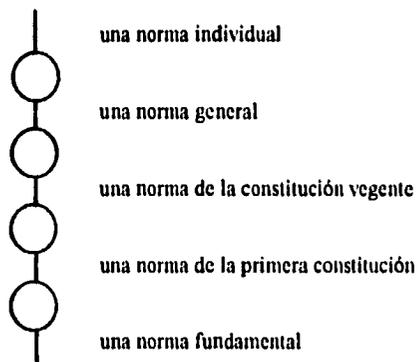
- (1) cada una de ellas autoriza la creación de una otra norma del conjunto, excepto una que no autoriza la creación de ninguna otra; y
- (2) la creación de cada una de ellas es autorizada por una otra norma del conjunto, a excepción de una norma cuya creación no es autorizada por ninguna norma de esta cadena de validez.

Raz estudia la cadena de validez con el auxilio de algunos diagramas (arborescencias). Dichas arborescencias hacen evidente cómo las ideas de 'cadena de validez' y 'norma fundamental' son combinadas por Kelsen para resolver los problemas de identidad y membrecía de los sistemas jurídicos dentro de los límites del principio de origen, al que Kelsen se mantiene vinculado.<sup>17</sup>

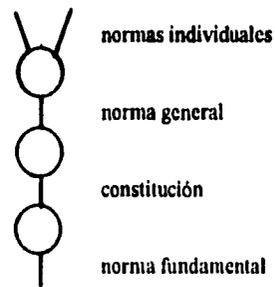
---

<sup>17</sup> Una brillante explicación, sobre estos temas, podemos estudiarla en el libro de Tamayo Salmorán, Rolando. *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, 1976.

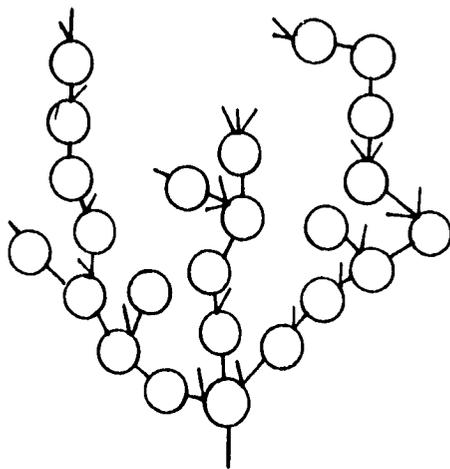
**FIGURA 1:  
UNA CADENA DE VALIDEZ**



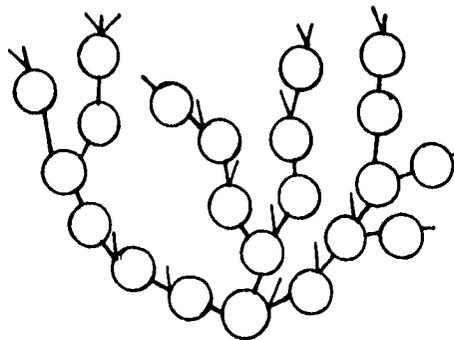
**FIGURA 2:  
DOS CADENAS DE VALIDEZ**



**FIGURA 3:  
UN SISTEMA JURIDICO COMPLETO**



**FIGURA 4:  
DIAGRAMA KELSENIANO  
DESPROVISTO DE NORMA  
FUNDAMENTAL NO POSITIVA**



Según Raz, el concepto de norma fundamental no contribuye en ningún sentido en la construcción del criterio de identidad y membrecía de los órdenes jurídicos. En realidad, dice Raz, existe en Kelsen una confusión sobre el papel que juega la norma fundamental. Para Raz, el papel de norma fundamental es relevante no para construir el criterio de identidad, sino para resolver el problema de estructura del sistema jurídico. Es por ello que Raz considera que Kelsen se equivoca al pensar que la norma fundamental tiene relevancia para el problema de identidad. Su equivocación se debe, según Raz, a no haber podido separar el problema de saber qué norma pertenece al sistema, del problema de cómo arreglar el material del sistema jurídico.

Cuando Raz estudia las cadenas de validez como criterio de identidad, comenta que si se elimina la norma fundamental de un diagrama kelseniano de sistema jurídico, éste se transforma en un diagrama de tipo austiniiano. Según Raz, en vez de reposar en una norma fundamental, la arborecencia descansa en un poder (legislativo) fundamental, *i.e.*, el poder que autorizaría la creación de la primera constitución.

El criterio de identidad en esta versión modificada de Kelsen, Raz la formula así: *un orden jurídico consiste en la primera constitución y todas las normas creadas directa o indirectamente mediante el ejercicio de poderes conferidos por la primera constitución.*

La diferencia entre el criterio de Austin y la 'versión modificada' de Kelsen, resulta del cambio fundamental que introduce Kelsen. En Austin, la característica fundamental es la idea de la continua existencia del soberano; el poder fundamental en Kelsen no necesita ser continuo. Un sistema jurídico, de acuerdo con la teoría de Kelsen, continúa existiendo aun cuando los titulares de ese poder (legislativo) fundamental dejen de existir.

Raz insiste en que tal diferencia es la mayor aportación de Kelsen a la tesis imperativa del criterio de identidad. Sin embargo, ésta se hace, dice Raz, a un alto precio. Por ejemplo, en ocasiones, las cadenas de validez no permiten distinguir entre dos diferentes sistemas, en caso de separación pacífica.<sup>18</sup> Estas

## EL PROBLEMA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

dificultades, según Raz, se deben a que Kelsen construye su criterio de identidad atendiendo al principio de origen. Joseph Raz critica esta construcción porque, desde su punto de vista, es imposible explicar las condiciones de una existencia continua de un sistema jurídico en base sólo al principio de origen, ya que otras condiciones tienen que ser tomadas en cuenta; aquí Raz está pensando en la actividad de los órganos de aplicación del derecho.

Joseph Raz se detiene en la tesis de Kelsen sobre la estructura del orden jurídico y en su famosa dicotomía: nomoestática y nomodinámica. Esto lo hace, porque las diferentes maneras de organizar el material jurídico tienen consecuencias específicas en cuanto al problema de la individuación. Considera Raz, que la alternativa de "arreglar" el material jurídico desde el punto de vista dinámico o desde el punto de vista estático, produce *prima facie* dos principios alternativos de individuación.

De conformidad al principio estático de individuación, toda disposición jurídica es una norma (*i.e.* guía el comportamiento del individuo) que impone un deber al estipular una sanción. El principio dinámico de individuación es, según Raz, menos claro, pero lo cierto es que permite la existencia de normas que confieren poderes legislativos, así como normas que imponen deberes y estipulan sanciones.

Podría considerarse a la nomodinámica, según Raz, como la explicación de Kelsen al problema de las normas que confieren poderes legislativos sin estipular sanciones.

En virtud de que los principios estático y dinámico de individuación son dos maneras de arreglar y dividir el mismo material jurídico, sería posible, señala Raz, proyectar el resultado de uno en otro. Se podría teóricamente proyectar cada disposición jurídica estática en una cadena de disposiciones jurídicas dinámicas, o bien, invertir el procedimiento. Sin embargo, Raz reconoce que este recurso no siempre es exitoso y que pueden aparecer ciertas

---

<sup>18</sup> Un país, por ejemplo, puede otorgar la independencia a otro mediante una disposición jurídica (constitución) que autorice todas sus disposiciones jurídicas. Sin embargo, las disposiciones jurídicas de este último, constituyen un sistema jurídico separado.

discrepancias. Estas las resuelve Kelsen de forma tajante: una disposición jurídica, dinámicamente representada, es una norma jurídica si, y sólo si, puede ser proyectada en una representación estática del derecho.

Según Joseph Raz, la primacía del principio estático de individuación lleva necesariamente a concluir que el punto de vista dinámico no proporciona, después de todo, un principio alternativo de individuación; ni siquiera un principio subordinado. Con ello Kelsen, según Raz, sustituye la teoría de la estructura de un orden jurídico (nomodinámica) por una teoría sobre la estructura de normas individuales. Al preferir Kelsen el principio de individuación estático, dice Raz, excluye la posibilidad de una estructura interna basada en relaciones genéticas, las cuales únicamente aparecen en las cadenas de validez, típicas de la representación dinámica del derecho.

## **2. La Teoría de Joseph Raz**

Raz se propone en principio y casi de manera exclusiva dos objetivos:

- (1) la elucidación y explicación de los principales problemas de la teoría de los sistemas jurídicos, y
- (2) la exposición crítica de algunos importantes intentos hechos por anteriores iusfilósofos.

Raz proporciona, en el capítulo sexto de su *Concepto de Sistema Jurídico*, nuevas y prometedoras explicaciones. Este giro, señala el mismo Raz, es sólo un cambio de énfasis, puesto que esta parte del libro presupone las teorías expuestas y criticadas. Las sugerencias constructivas, advierte Raz, son fundamentalmente modificaciones a la tesis imperativa que encuentra en las obras de Kelsen.

Raz "extrae" de las obras de Kelsen una coherente teoría imperativa de las normas, una teoría libre de los elementos que Raz considera insatisfactorios o innecesarios. En particular, trata de liberarlos de una norma fundamental no-positiva.

Raz analiza el concepto kelseniano de norma, así como las ideas subyacentes. Las ideas de Kelsen sobre la naturaleza de las normas podemos divididas, siguiendo a Raz, en dos:

- (1) las que describen la naturaleza de las normas como guía y justificación de la conducta. Según Raz, éstas explican en qué sentido todas las normas son imperativos; y
- (2) las que entienden la naturaleza de las normas como estándares justificados de conducta, que las absorbe la idea de la norma fundamental.

Según Joseph Raz, existen cuatro ideas principales que permiten a Kelsen concebir la norma jurídica como un imperativo. Para el profesor de Oxford, en el autor de la *Teoría Pura*, las normas son:

(A) *Estándares de evaluación*. Las normas funcionan como esquemas de interpretación; hacen posible la interpretación normativa y la evaluación del comportamiento. A partir de la norma jurídica el comportamiento puede ser juzgado lícito o ilícito, jurídico o antijurídico. Las normas funcionan como pautas imperativas de evaluación. Evaluar el comportamiento de acuerdo a estándares establecidos por normas jurídicas es parte esencial de la función judicial.

(B) *Gulas de la conducta humana*. Los actos de conducta humana y su abstención deben conformarse a normas jurídicas, *i.e.*, es necesario que tales estándares se refieran a conducta humana y además, constituyan una razón para que las personas escojan la realización de un acto (establecido en la norma) en vez de realizar otro. La idea de que las normas sean razones para que las personas se comporten y puedan escoger realizar un acto más bien que otro, origina cantidad de problemas filosóficos prácticos como: ¿qué significa la facultad de actuar? ¿qué significa la facultad de escoger? y muestran la relevancia del problema.

(C) *Están respaldadas por razones estándares<sup>19</sup> para su observancia, en forma de prospectivas de algún daño en caso de desobediencia.* La sanción para Kelsen es una razón estándar para preferir la conducta prescrita en vez de otras alternativas. La sanción como razón para la acción presupone la combinación de dos elementos: i) la sanción estipulada por la norma jurídica, y ii) el hecho de que el orden jurídico, en su totalidad, sea eficaz.

(D) *Son creadas por actos humanos que tienen el propósito de crear normas.* Las normas, como imperativos, son creadas por actos de voluntad; una norma supone que algún individuo expresa su deseo de que alguien debe hacer algo en determinada circunstancia; manifiesta su voluntad de que una norma sea creada. La norma en sí misma no es una verdadera norma o un verdadero requerimiento. Las normas son creadas por actos humanos y esto explica su sentido no metafísico. Raz estudia el papel de la norma fundamental en el marco de un sistema jurídico como sistema de normas. Kelsen, dice Raz, recurre al concepto de 'norma fundamental' para explicar la relación sistemática entre normas jurídicas, lo que le permite diferenciar un grupo de normas -las cuales presuponen una norma fundamental- de un grupo de órdenes. Para Raz, el problema crucial es saber si la norma fundamental es o no justificación de las normas del sistema. Raz, tras analizar algunos pasajes de Kelsen, llega a la conclusión de que no es necesario que cada orden jurídico incluya una norma fundamental de carácter no-positiva. Los argumentos kelsenianos, según Raz, se basan en la idea de que ciertas normas pueden autorizar indirectamente su propia creación. Al admitir tal supuesto se abre la posibilidad de normas que confieren poderes legislativos de forma retroactiva y de normas parcialmente autorreferentes. Con estos elementos, Raz crea un argumento para demostrar que una norma fundamental no-positiva, no es necesaria para una teoría imperativa del sistema jurídico.

---

<sup>19</sup> Una desventaja será sufrida por el sujeto del derecho que "viola" la norma. Esta probabilidad de ventaja o daño es la razón estándar.

## EL PROBLEMA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

Raz afirma que el tipo de relaciones internas que existen entre disposiciones jurídicas en un sistema jurídico dependen, en última instancia, de dos factores: i) los principios de individuación; y ii) de la riqueza, complejidad y variedad de contenido del sistema jurídico.

De esta manera tenemos que los principios de individuación son determinados por la teoría jurídica,<sup>20</sup> mientras que el contenido de un sistema depende de hechos contingentes de un sistema particular. Aquí, Raz introduce un argumento básico de su teoría: *un sistema normativo es un sistema jurídico sólo si tiene un cierto mínimo de complejidad*. Este argumento se encuentra íntimamente relacionado al problema de saber si existe algún contenido mínimo común a todos los sistemas jurídicos. Para Raz, el contenido mínimo y la complejidad mínima de todos los sistemas jurídicos, conjuntamente con los principios de individuación, determinan las relaciones internas necesarias que existen en todo sistema jurídico.

Cuando Raz formula las características que deben contener los principios de individuación aceptables, comenta que no es necesario formular principios de individuación; según el profesor de Oxford, es suficiente con establecer directrices amplias, en forma de requerimientos generales, para probar la adecuación de cada conjunto propuesto de principios de individuación. Estos requerimientos son de dos tipos:

1) *Guías*.- Establecen objetivos que los principios de individuación deben perseguir; son principios de selección. Raz enumera los siguientes requerimientos límite: (i) las disposiciones jurídicas individuadas no deben desviarse, sin claras razones, del concepto ordinario de disposición jurídica; (ii) las disposiciones jurídicas no deben ser repetitivas; (iii) las disposiciones jurídicas no deben ser redundantes.

---

<sup>20</sup> Cualquiera que sea el contenido de un sistema jurídico, si sus disposiciones jurídicas son individuadas de conformidad a los principios de Kelsen, las relaciones internas resultantes serían diferentes de aquellas que resultarían si se aplicaran los principios de individuación de Bentham. Por otro lado, si el sistema es empobrecido en cuanto al contenido, esto afectaría las relaciones internas. Por ejemplo, si ninguna de sus disposiciones es respaldada por sanciones, entonces no habrá relaciones punitivas entre las disposiciones jurídicas de dicho sistema.

2) *Límites*.- Especifican los peligros que hay que evitar; son básicamente principios de exclusión. Como requerimientos-guía Raz señala: (i) las disposiciones jurídicas individuadas deben ser relativamente simples;<sup>21</sup> (ii) las disposiciones jurídicas deben ser relativamente autoexplicativas;<sup>22</sup> (iii) es deseable que todo acto-situación regulado por el derecho deba constituir el núcleo de una disposición jurídica; (iv) las disposiciones jurídicas deben, lo más posible, hacer claras las conexiones importantes entre varias partes del sistema jurídico.

Siguiendo los requerimientos metateóricos expuestos, y en particular el de que todo acto-situación regulado por el derecho deba constituir el núcleo de una disposición jurídica, Raz distingue diferentes tipos de disposiciones jurídicas: *las disposiciones jurídicas que imponen deberes*. Según Joseph Raz, es claro que todos los conjuntos aceptables de principios de individuación tendrán que dar cabida a disposiciones jurídicas que imponen deberes.

Raz inicia el estudio de este tipo de disposiciones jurídicas analizando normas que imponen deberes que no son jurídicas. Del examen de estas reglas simples se desprende: una regla social, en virtud de la cual uno debe hacer A (en ciertas circunstancias, C) en un grupo dado, existe si, y sólo si:

- (i) en la mayoría de las ocasiones los miembros del grupo hacen A en C, *i.e.*, hacer A en C constituye un patrón habitual de comportamiento,
- (ii) los miembros del grupo que no se conforman a dicho patrón de comportamiento enfrentan normalmente cierta reacción crítica por parte de los otros miembros del grupo,

---

<sup>21</sup> El propósito de dividir el sistema jurídico en disposiciones jurídicas es crear unidades simples que faciliten el discurso y la referencia a diferentes partes del sistema; dos tipos de simplicidad son requeridos: la simplicidad conceptual y la simplicidad de identificación.

<sup>22</sup> Conocer el contenido de una disposición jurídica debe representar una contribución significativa para el conocimiento del contenido del sistema.

#### **EL PROBLEMA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS**

(iii) dicha reacción crítica es considerada, generalmente, como legítima e inobjetable por la mayoría de los miembros del grupo,

(iv) la existencia de i, ii y iii es ampliamente sabida en el grupo,

(v) la presión social manifestada en la razón crítica es relativamente seria, y

(vi) la conducta prescrita usualmente se encuentra en conflicto con los deseos del destinatario del deber.

Raz expone a continuación las características que el profesor Hart encuentra en las reglas jurídicas que imponen deberes: (1) siempre que un acto se impone como deber a ciertas personas, existe un factor que hace la no-realización de tal acto, menos elegible que su realización. Provee una razón estándar para su realización; (2) la existencia de los hechos que constituyen la razón estándar para realizar el acto debido, depende del comportamiento humano voluntario el cual es, al menos parcialmente, motivada por el hecho de que el acto debido no ha sido realizado; (3) la existencia de una regla que impone deberes depende de formas persistentes y complejas de comportamiento que acompañan a una amplia proporción de los miembros del grupo donde esta regla existe y consisten en reacciones críticas que son consideradas como legítimas.

Como en el derecho la función de las reacciones críticas es sustituido, en gran medida, por sanciones organizadas, Raz examina brevemente ciertos aspectos de las sanciones jurídicas, en especial, la reacción crítica de los órganos aplicadores de sanciones. Este es un factor importantísimo para distinguir, por ejemplo, entre una sanción y las medidas administrativas coercitivas.

Raz alude a los actos debidos, a las normas que los imponen, a las sanciones, a los recursos judiciales o administrativos, a las sanciones críticas, etcétera, con el propósito de ofrecer un panorama general sobre el tipo de principios de individuación apropiados a las disposiciones que imponen deberes (simplemente: disposiciones-D).

Entre las complicaciones que se deben tomar en cuenta en la tarea de la individuación de disposiciones-D, Raz enumera: (1) el problema de la necesaria relación entre el ámbito de las disposiciones-D y las normas que estipulan sanciones; y (2) el problema, de alguna manera semejante, de la relación entre el deber y la responsabilidad.

Todo lo anterior conduce a Raz a postular las siguientes tesis:

**I.** *Todo sistema jurídico contiene disposiciones-D, i.e., disposiciones que imponen deberes.*

**II.** *Todo sistema jurídico contiene disposiciones-S, i.e., disposiciones que estipulan sanciones.*

La primera tesis, señala Raz, difícilmente necesita justificarse, ya que imponer deberes constituye la forma principal por la que el derecho lleva a cabo su función de regular el comportamiento. La segunda se sigue de la primera. No es el caso de que la existencia de toda disposición-D dependa de la existencia de una disposición-S. Sin embargo, dice Raz, la existencia de cada disposición-D, cuyos destinatarios no son órganos, depende de la existencia de una disposición-S. Por otro lado, no puede haber funcionarios u órganos, salvo que haya disposiciones-D dirigidas a no funcionarios.

En base en estas dos tesis, Joseph Raz introduce otras dos:

**III.** *Las relaciones punitivas son relaciones internas.*

**IV.** *En todo sistema jurídico existen relaciones punitivas.*

Las disposiciones-D guían el comportamiento, por tanto, son normas. Bentham, Austin y Kelsen pensaron que la única manera en que las disposiciones jurídicas guían el comportamiento es imponiendo deberes. Un concepto de norma jurídica que guía el comportamiento sin imponerle un deber, es delineado por el requerimiento (metateórico) de que cada acto-situación regulado por el derecho debe constituir el núcleo de una disposición jurídica

independiente. Este principio hace posible la existencia de otro tipo de disposiciones jurídicas, las cuales son, según Raz, disposiciones que confieren facultades (*power conferring rules*) o, simplemente, disposiciones-P.

El profesor Hart, en *The Concept of Law*,<sup>23</sup> señala que existe una clase importante de disposiciones jurídicas cuya analogía con las órdenes respaldadas por amenazas falla completamente, puesto que estas disposiciones jurídicas, realizan una diferente función social. Tales disposiciones jurídicas no imponen deberes u obligaciones; proporcionan a los individuos '*facilities*' para realizar sus deseos.

Según Raz, el profesor Hart no logra distinguir claramente entre las reglas que determinan capacidades para ejercitar facultades (*powers*), y las que especifican la forma y procedimiento para ejercer tales facultades, por un lado, y las que delimitan la duración de derechos y deberes creados por el ejercicio de tales facultades, por el otro. Raz asegura, que Hart incluye en esta categoría de reglas, aquellas que señalan la materia de la competencia legislativa, las que determinan las características e identidad de los miembros de los cuerpos legislativos y las que especifican la forma y el procedimiento de legislación. Estima Raz, que ninguna de estas últimas disposiciones jurídicas es una norma y su significado jurídico reside únicamente en el hecho de que guardan relaciones internas con las normas jurídicas del sistema.

Raz se propone demostrar el carácter normativo de las disposiciones-P. Para ello, introduce el concepto de 'norma-O'. Según Raz, cuando los actos que siguen al acto normativo (previsto en una norma) constituyen en toda ocasión una desventaja, entonces la abstención se encuentra prescrita. Este es el caso típico en una disposición-D. Sin embargo, sigue diciendo Raz, existen normas que no guían el comportamiento en una sola dirección, como en el caso de las disposiciones-D. La existencia de una norma-O es, en algunas ocasiones, una razón para realizar el acto normativo, y en algunas otras, puede ser razón para no realizarlo. En algunas ocasiones los actos que siguen la realización del acto normativo pueden ser ventajosas y, en otras, desventajosas. Cuando esta

---

<sup>23</sup> Oxford, Oxford University Press, 1953. Aquí seguiremos la traducción de Genaro Carrió, *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abelardo-Perrot, 1963, p. 34.

circunstancia se presenta, el agente, dice Raz, tiene cierto control sobre la ocurrencia de las consecuencias.

El profesor del Balliol College puntualiza que las normas-O dependen de la existencia de razones estándares. Por tanto, dependen también de un amplio conocimiento de ellas, así como de una reacción uniforme a tales razones.

Una posible razón para la uniformidad de la reacción puede consistir en que la reacción, en sí misma, es un deber; el acto que producen las razones está prescrito por otra norma. Cuando este es el caso, existe una relación interna sobre ambas normas. A esta relación interna, Raz la denomina 'relación regulativa'.

Cuando una norma-O guarda una relación regulativa respecto a una norma prescriptiva (disposición-D), la primera es propiamente descrita como confiriendo poder o facultad para regular la aplicación de ciertos deberes. A las normas-O de este tipo, Raz las 'normas-PR', disposiciones (jurídicas) -PR y a las facultades que éstas confieren, las denomina 'facultades-PR' o, simplemente, 'facultades regulativas'.

Sigue diciendo Raz que en tanto normas-O no prescriptivas, las disposiciones-PR guían el comportamiento sin hacer una acción más elegible que su omisión; esto es así, porque en algunas ocasiones hacen ventajosa su realización y, en algunas otras, desventajosa. Así, por ejemplo, la realización de ciertos actos que transmiten la propiedad constituye, en algunas ocasiones, una razón para realizarlos, mientras que en otras constituye, justamente, una buena razón para no hacerlos.

Otro tipo de norma-O, son las que confieren poderes o facultades legislativas, a las cuales Raz denomina: 'disposiciones-PL'. Este tipo de disposiciones se caracterizan por el hecho de que la consecuencia que deriva de la realización del acto normativo, está prescrito por otras normas, pero éstas no existen cuando la disposición-PL es creada por los actos normativos de la disposición-PL.<sup>24</sup>

Las disposiciones jurídicas creadas mediante el ejercicio de poderes legislativos conferidos por una disposición-PL guardan una relación interna con ella de un tipo que Raz llama 'relación genética'.

Teniendo en cuenta lo anterior, Raz adelanta dos nuevas tesis:

**V. En todo orden jurídico existen disposiciones-PL.**

**VI. En todo sistema jurídico existen disposiciones-PR.**

De estas tesis se siguen otras dos:

**VII. En todo sistema jurídico existen relaciones genéticas entre disposiciones jurídicas.**

**VIII. En todo orden jurídico existen relaciones regulativas entre disposiciones jurídicas.**

Las disposiciones-PL y -PR tienen en común que son normas; ambas guían el comportamiento. La diferencia con las disposiciones-D, consiste en que aquéllas, en algunas ocasiones su existencia es una razón para realizar el acto normativo, y en algunas otras, es una buena razón para no realizarlo; ambas son disposiciones-P, *i. e.*, disposiciones que confieren poderes o facultades.

Según Joseph Raz, los sistemas jurídicos contienen sólo dos tipos de normas: disposiciones-P y D. El entendimiento de sus funciones e

---

<sup>24</sup> La diferencia entre una norma-PL y una disposición-PR podría observarse en el siguiente ejemplo. La disposición-D que impone obligaciones que se transmiten a una persona cuando se traslada la propiedad, existe desde antes del traslado de dominio y sólo porque existe con anterioridad la disposición-PR, que confiere poder para trasladar el dominio, tiene significado jurídico. Por el contrario, las obligaciones impuestas a una persona cuando celebra un contrato son estipuladas en el contrato mismo mediante una norma creada en ese acto y no por una norma preexistente. La disposición-PL que confiere facultad-PL para celebrar contratos no depende para su significado jurídico de la existencia de otras disposiciones. Tiene relevancia jurídica aun antes de que las disposiciones jurídicas que pudieran ser creadas, en virtud de ella, hayan sido efectivamente producidas. Su relevancia es, justamente, que confiere facultades para crear nuevas disposiciones jurídicas.

interrelaciones es una parte importante de la estructura y función de los sistemas jurídicos. Esta es, señala Raz, la idea que está en el argumento de Hart de que en la combinación de reglas primarias y reglas secundarias se encuentra la llave de la ciencia jurídica.<sup>25</sup>

Tanto Jeremy Bentham, John Austin y Hans Kelsen coinciden en que toda disposición jurídica es una norma. Raz defiende la tesis de que, aunque la normatividad es una característica importante del derecho, algunas disposiciones jurídicas no son normas. Enfáticamente, señala Raz, que supuesto el contenido mínimo y complejidad mínima de los sistemas jurídicos y dado un conjunto aceptable de principios de individuación, en todo sistema jurídico existen disposiciones jurídicas que no son normas.

Al hablar de las disposiciones-D y -P, Raz ofrece una explicación parcial de la normatividad del derecho. El derecho es normativo en tanto que su función consiste en guiar el comportamiento de forma a constituir una razón estándar para evitar el comportamiento (como en el caso de las disposiciones-D) o bien afecta las consecuencias de forma a constituir una razón para realizarlo o una razón para evitarlo, dependiendo del deseo del sujeto.

Señala Raz, que el carácter normativo del derecho puede ser explicado mediante dos tesis:

**IX.** *En todo orden jurídico existen normas.*

**X.** *Todas las disposiciones jurídicas de un sistema jurídico que no son normas guardan relaciones internas con las normas jurídicas, i. e., afectan la existencia y aplicación de las normas jurídicas.*

Para probar su argumento, Raz introduce el examen de las permisiones y adelanta la siguiente tesis:

---

<sup>25</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., p. 99-123

**XI.** *De conformidad con cada sistema jurídico momentáneo, todo acto-situación que no se encuentre prohibido por una disposición jurídica específica del sistema, está permitido.*

La verdad de esta tesis es independiente del contenido del sistema. Las permisiones, desde el punto de vista jurídico, son actos que se encuentran permitidos salvo que estén prohibidos por una disposición jurídica. Decir que un acto se encuentra permitido, equivale a decir, señala Raz, que tal acto no se encuentra regulado de una manera específica: no está prohibido.<sup>26</sup>

La tesis anterior es complementada por otra:

**XII.** *De conformidad con todo sistema jurídico momentáneo, ningún acto futuro puede crear disposiciones jurídicas o afectar la aplicación de disposiciones jurídicas salvo que exista en dicho sistema jurídico momentáneo una disposición que confiere poder para ello.*

Raz considera que ciertos enunciados de la forma: 'a X le es permitido (o puede) hacer A en C' describen disposiciones jurídicas que no son normas y las llama: 'disposiciones que otorgan permisos', o simplemente, 'disposiciones-M'. Postular la existencia de disposiciones-M supone, afirma Raz, la siguiente convención: *cuando una disposición-M contradice parcialmente una disposición-D del mismo sistema jurídico momentáneo, ambas son válidas y la disposición-M representa una excepción a la disposición-D*. No obstante el contenido expreso de la disposición-D, ésta no se aplica a casos que caigan bajo la disposición-M.

Observa Raz, que las condiciones que deben satisfacer cualquier conjunto de principios de individuación aplicables a las disposiciones-M son:

---

<sup>26</sup> Pareciera que según la tesis XI, cada acto-situación que no se encuentra prohibido podría ser considerado como el núcleo de una disposición que lo permite, esta doctrina, dice Raz, no puede ser aceptada ya que entra en conflicto con la tesis de la normatividad del derecho, porque decir que un acto está permitido no describe una norma y además porque los enunciados que describen tales permisos no son, generalmente, descripciones de disposiciones jurídicas que no son normas, puesto que tales disposiciones jurídicas no tienen relaciones internas con ninguna norma jurídica. Cfr. Raz, Joseph. *El Concepto de Sistema Jurídico*, cit., pp. 171-172

- 1) el acto o situación permitido por una disposición-M que pertenece a un sistema jurídico momentáneo dado, es una instancia de un acto situación prohibido por una o más disposiciones-D del mismo sistema jurídico momentáneo;
- 2) existen razones para considerar la permisión otorgada por la disposición-M como una excepción a la prohibición impuesta por una o más disposiciones-D; y
- 3) existen razones para estimar la excepción a la prohibición como una disposición jurídica independiente.

La convención y la primera condición determinan, asegura Raz, la relación formal entre disposiciones-M y -D. Ambas garantizan que toda disposición-M tendrá una relación interna con una o más disposiciones-D. Toda disposición-M modifica la aplicación de, al menos, una disposición-D. Las razones para considerar un enunciado normativo describiendo una excepción a una prohibición general se encuentran en las razones críticas de la comunidad y, especialmente, de los órganos aplicadores o creadores del derecho. Si una permisión es o no una excepción a una prohibición, y no una mera definición estricta de la prohibición, depende de las razones para la prohibición y para la misma permisión. Esta es la razón por la que puede haber disposiciones jurídicas permitiendo la legítima defensa y otras formas de autodefensa.

Puede haber otras razones para postular disposiciones-M: disposiciones que permiten la aplicación de sanciones. No es que las disposiciones-MS señalen características comunes a todas las disposiciones, sino que clarifican la relación entre disposiciones-D y las disposiciones-S<sup>27</sup>. Estos dos ejemplos de

---

<sup>27</sup> Esta función de las disposiciones-MS es muy importante para el entendimiento del derecho. La necesidad de postular este tipo de disposiciones se ve claro en el siguiente ejemplo de Raz: Supongamos que la sanción por violar una disposición-D que prohíbe el adulterio es que el cónyuge ofendido o su próximo pariente pueda azotar al cónyuge culpable en la plaza pública. Raz dice que es conveniente considerar como una descripción de una disposición MS (que autoriza la aplicación de sanciones) más que como descripción del derecho de lesiones; las lesiones están prohibidas salvo cuando se azota al cónyuge adúltero. Dice Raz, que sería una torpeza considerar esto como una disposición que prohíbe las lesiones y como una disposición que estipula una sanción contra el adulterio. Las dos funciones, señala Raz, deben ser disposiciones diferentes, i.e., una disposición del tipo D (contra las lesiones) y otra del tipo MS (sobre cónyuges adúlteros). *Cfr.* Raz, Joseph. *El Concepto de Sistema Jurídico*, cit., p. 174

disposiciones-M permiten a Raz postular la existencia de disposiciones jurídicas que no son normas.

Las disposiciones jurídicas que instituyen derechos, Raz las divide en tres tipos:

- 1) disposiciones jurídicas que otorgan derechos subjetivos;
- 2) disposiciones que privan de derechos subjetivos; y
- 3) disposiciones jurídicas 'constitutivas de derechos subjetivos', las cuales especifican las consecuencias de ser derechohabiente.

Las disposiciones jurídicas que se refieren a un derecho subjetivo (sea que otorguen, priven o "constituyan") definen dicho derecho en ese sistema jurídico. Tal definición, dice Raz, no es una definición teórico-jurídica de tal derecho subjetivo. Sin embargo, una definición teórico-jurídica presupone un conocimiento de las disposiciones jurídicas que establecen derechos subjetivos en cualquier sistema jurídico.

Señala Raz, que un adecuado análisis del concepto de derecho subjetivo, debe tomar en cuenta el hecho de que este tipo de derechos, están instituidos por disposiciones jurídicas, por lo que es necesario entender la función y estructura de tales disposiciones.

Raz considera que los diferentes análisis del concepto de derecho subjetivo han descuidado el estudio de las relaciones que existen entre los derechos subjetivos y las disposiciones jurídicas que las instituyen. Por ello, Raz examina algunos aspectos de la teoría de Hohfeld.<sup>28</sup> El profesor de Oxford reconoce que si bien la teoría de Hohfeld significó un considerable adelanto en el tratamiento de los derechos subjetivos, en otros aspectos, la crítica

---

<sup>28</sup> Hohfeld, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Concepts*, Yale New Haven, Connecticut University Press, 1964. Existe versión española de Genaro Carrió, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968. Publicado también por Editorial Fontanara, México, 1990

severamente, considerándola como completamente errónea, dado que, según Raz, su influencia retardó la adecuada comprensión del problema. Hohfeld se equivocó, según Raz, en considerar que los derechos subjetivos son conjuntos de cualquier número de cuatro tipos de derechos subjetivos, *i.e.*, exigencia (*claim*),<sup>29</sup> privilegio, facultad, inmunidad. Hohfeld, señala Raz, también se equivocó en suponer que cada derecho subjetivo es una relación entre no más de dos personas; en pensar que todos los derechos subjetivos son relaciones entre personas; y en suponer que sus cuatro tipos de derechos subjetivos son indefinibles.

La representación de derechos subjetivos en términos de conjuntos de exigencias, facultades, privilegios e inmunidades, según Raz, oscurece la forma en la cual los derechos subjetivos están instituidos por disposiciones jurídicas. Los derechos subjetivos, por ejemplo, no son idénticos a las exigencias (*claims*).<sup>30</sup> Asegura Raz que la insistencia de Hohfeld de que todo derecho subjetivo es una relación entre no más de dos personas, es completamente infundada y hace la descripción de derechos *in rem* imposible. Hohfeld, señala Raz, se equivoca al pensar que los derechos subjetivos no pueden establecer una relación entre una persona y una cosa. Este punto de vista, es importante resaltarlo, ya que se encuentra en oposición con nuestra tradición jurídica civilista.

Asegura Raz, que sostener como lo hace Honoré, que las relaciones jurídicas pueden únicamente existir entre personas, restringe arbitrariamente la definición de 'relación jurídica', o refleja, de forma más bien obscura, el truismo de que las exigencias jurídicas (*legal claims*) pueden únicamente ser interpuestas en procedimientos contra personas.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> 'Claim' puede ser traducido en algunas ocasiones como 'pretensión', en otras como 'reclamación', 'petición', 'demanda' e incluso como 'alegato'. El profesor Tamayo, traductor de la obra de Raz, prefiere 'exigencia', puesto que 'claim' normalmente se usa en el contexto de las obligaciones donde una persona tiene el derecho de exigir de otra algo; exigencia que presupone tanto 'pretensión' como 'reclamo'.

<sup>30</sup> En caso de insolvencia, el derecho contra el deudor no es igual a la exigencia (*claim*) que se dirige al fiador.

<sup>31</sup> Cuando una persona tiene un derecho subjetivo para excluir a otros del uso o disfrute de una propiedad inmueble, se podría sostener el argumento, que se encuentra jurídicamente en una relación especial con el objeto. Es completamente natural e inobjetable, decir de este derecho que es 'un derecho sobre la cosa'.

Considerar que los cuatro derechos subjetivos elementales sean indefinibles, es consecuencia, dice Raz, del concepto erróneo de Hohfeld sobre la naturaleza y función de las definiciones.

Raz subraya que abordar derechos en términos de disposiciones-P y disposiciones-D es resultado de las tesis IX y X que establecen que todas las disposiciones jurídicas de un sistema jurídico son disposiciones-P o -D, o bien, disposiciones jurídicas cuya única significación jurídica es su relación interna con las disposiciones -P o -D.

En cuanto al problema de la individuación de disposiciones jurídicas que instituyen derechos subjetivos, Raz señala, que el uso de conceptos de derechos subjetivos realiza dos funciones en la representación del derecho (objetivo): 1) son medios que permiten relacionar disposiciones-PR con disposiciones-P, así como con disposiciones-D reguladas por ellas; y 2) provee de un medio para separar ciertas condiciones comunes de muchos deberes y facultades, de disposiciones jurídicas que no son normas y que se encuentran internamente relacionadas con las disposiciones-D o -P.

Raz termina esta explicación señalando la complejidad que enfrentan las disposiciones que instituyen derechos subjetivos:

- 1) las disposiciones jurídicas denominadas 'constitutivas de derechos subjetivos' guardan siempre relaciones internas con las disposiciones que otorgan o privan a una persona de derechos subjetivos;
- 2) las disposiciones jurídicas que otorgan derechos subjetivos pueden ser disposiciones-PR, *i.e.*, que hacen depender la adquisición de un derecho subjetivo (entre otras condiciones) de un acto de voluntad.<sup>32</sup>

---

Ciertamente, no diríamos que una persona tiene un derecho sobre una cosa, salvo cuando éste se encuentre protegido por procedimientos que excluyan a otros de interferir. Un derecho subjetivo sobre una cosa se encuentra protegido por la posibilidad de exigir, pero no se identifica con ésta.

<sup>32</sup> El derecho derivado de una representación, de un poder o un mandato es un ejemplo de este tipo de disposiciones

3) las disposiciones que otorgan derechos subjetivos pueden ser, también, disposiciones jurídicas que no sean normas y hacer depender la adquisición de un derecho subjetivo de un acontecimiento que no incluye actos humanos de voluntad.<sup>33</sup>

Las disposiciones-PR que otorgan derechos subjetivos regulan las disposiciones jurídicas constitutivas de derechos. En estos casos los derechos subjetivos hacen la función de relacionar disposiciones-PR con disposiciones-PL y con las disposiciones-D reguladas por aquéllas. Las disposiciones jurídicas que otorgan derechos subjetivos y que no son normas, determinan, según Raz, condiciones comunes a muchas normas jurídicas, *i.e.*, a todas las disposiciones jurídicas constitutivas de derechos subjetivos.

Las disposiciones privativas de derechos subjetivos, también disposiciones-PR, son disposiciones jurídicas que no son normas. Afectan las disposiciones constitutivas de derechos subjetivos en la misma forma en que lo hacen las disposiciones jurídicas que los otorgan.

La existencia de disposiciones jurídicas relativas al status de individuos, así como a personas morales, constituyen otro tipo de complejidad. Señala Raz, que todo sistema jurídico instituye ciertos derechos subjetivos y contiene disposiciones jurídicas que los instituyen y que no son normas.

#### ***a) La estructura de los sistemas jurídicos***

Para el profesor Tanayo y Salmorán, el análisis de la estructura genética y operativa de los sistemas jurídicos constituye, sin duda, una valiosa contribución de Raz a la teoría del derecho. El intento de Raz por proporcionar una imagen de los sistemas jurídicos, diferente en alguna forma, a la proporcionada por Bentham, Austin y Kelsen, constituye un interesante, aunque complejo enfoque del problema.

---

<sup>33</sup> El derecho en una sucesión legítima, por ejemplo.

Raz distingue entre dos tipos de estructura de los sistemas jurídicos: una *estructura genética* y una *estructura operativa*. Esta distinción, señala el propio Raz, es análoga, en cierto aspecto, a la distinción de Kelsen entre la teoría dinámica y estática del derecho.<sup>34</sup>

La relación fundamental de la estructura genética de los sistemas jurídicos la constituye la relación genética. Este tipo de relación, se presenta entre una disposición jurídica y otra que autoriza su existencia. Para Raz, la teoría de la estructura genética tiene que dar cuenta de varias posibilidades de conflicto entre disposiciones jurídicas y de los medios para resolverlas; así como de varios grados de anulabilidad de disposiciones jurídicas y de los problemas de la retroactividad de las disposiciones jurídicas, etcétera.

La estructura genética de un sistema jurídico revela cuáles de sus disposiciones son o fueron válidas en un momento determinado y de qué facultades de creación jurídica gozan ciertos órganos en cierto momento. También explica cómo es que un sistema jurídico sufre cambios durante su existencia.

El desarrollo de la teoría de la estructura genética es esencial para el entendimiento de la estructura de los sistemas jurídicos no momentáneos. La estructura operativa, por el contrario, es especialmente relevante para el entendimiento de los sistemas jurídicos momentáneos. A esta estructura no le interesa la forma como fueron creadas las disposiciones jurídicas, sino los efectos de las disposiciones jurídicas que existen en un momento determinado. La estructura operativa de un sistema jurídico se basa en sus relaciones punitivas y regulativas.

La teoría de la estructura de los sistemas jurídicos, permite a Raz, analizar el papel de la sanción en el derecho. Cuando el profesor de Oxford, expuso su crítica a los principios de individuación de Kelsen, argumentó que no toda sanción jurídica es coercitiva.<sup>35</sup> También señaló que no todo deber jurídico

---

<sup>34</sup> *Id.* Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, p. 83.

se encuentra respaldado por sanciones<sup>36</sup> y, sin embargo, ha aceptado que la coerción tiene una especial importancia en el derecho.<sup>37</sup>

Ahora bien, aunque puedan existir disposiciones que impongan deberes a los órganos creadores y aplicadores del derecho, sin una correspondiente disposición-S, éstos presuponen la existencia de disposiciones-D dirigidas a los particulares, las cuales se encuentran respaldadas por disposiciones-S.

Las sanciones que no son coercitivas consisten en la privación de derechos, facultades o *status*. Las disposiciones que instituyen derechos subjetivos presuponen en última instancia disposiciones-D y -PL. En todo sistema jurídico algunas de esas disposiciones-D son dirigidas a los particulares y, por tanto, presuponen algunas disposiciones-S. Ello lleva a Raz a afirmar que todas las disposiciones, a excepción hecha de las disposiciones-PL, se encuentran asociadas en relaciones operativas necesarias con las disposiciones que establecen sanciones coercitivas.

Bentham, Austin y Kelsen, según Raz, malentendieron la función de la coerción en el derecho, dado que su función no es constituir el motivo estándar de cualquier acto regulado por el derecho; su función, señala Raz, es más complicada e indirecta, aunque igualmente esencial. La coerción es la última fundamentación del derecho al constituir la razón estándar de la obediencia de ciertas disposiciones-D, las cuales son presupuestas, en gran cantidad de formas, por todas las otras normas jurídicas y, a través de ellas, por todas las otras disposiciones jurídicas del sistema.

---

<sup>35</sup> Raz, aclara que no toda sanción puede ser aplicada mediante el uso de la fuerza. Obviamente aquí, se está refiriendo a la cancelación o suspensión de ciertos derechos.

<sup>36</sup> Dice Raz que el comportamiento de los órganos de creación o aplicación de 'alto rango' no puede ser regulado de forma efectiva mediante la imposición de sanciones. Ello se debe, señala Raz, a la impracticabilidad de este método en tales circunstancias. Sin embargo, esto no significa completa discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones. En muchos sistemas jurídicos, estos órganos tienen el deber de omitir el uso de facultades que no tienen y a ejercer sus facultades conforme a ciertos principios, deber que no se encuentra respaldado por sanciones. *Cfr. Raz, Joseph. El Concepto de Sistema Jurídico, cit., p. 153.*

<sup>37</sup> *Cfr. Raz, Joseph. El Concepto de Sistema Jurídico, cit., p. 3.*

**b) La identidad de los sistemas jurídicos.**

El problema de la identidad de los sistemas jurídicos consiste en encontrar un criterio que determine si un conjunto dado de enunciados normativos es una descripción completa de un sistema jurídico.

Dada la distinción entre sistemas jurídicos y sistemas jurídicos momentáneos, según Raz, existen dos criterios de identidad.

Uno de los problemas que debe abordar una teoría de la identidad es el de la continuidad del sistema jurídico, *i.e.*, saber qué eventos interrumpen la existencia continua de un sistema jurídico, producen su desaparición y, quizás, den origen a un nuevo sistema. La cuestión fundamental reside en decidir si dos sistemas jurídicos momentáneos pertenecen al mismo sistema jurídico.

La solución que Austin propone, implica que la identidad del legislador "último" de las disposiciones jurídicas de los dos sistemas jurídicos momentáneos es condición necesaria y suficiente para que dichas disposiciones pertenezcan a un mismo sistema jurídico.

Para Kelsen, el factor decisivo reside en la constitucionalidad de la creación de las disposiciones jurídicas de un sistema jurídico momentáneo en relación con otros. El criterio de Kelsen supone que ningún sistema jurídico momentáneo contiene una disposición jurídica original que no pertenezca, también, al primer sistema jurídico momentáneo del mismo sistema jurídico. Para el profesor Raz esta solución no puede ser aceptada, ya que la continuidad de un sistema jurídico no es necesariamente interrumpida por la creación de disposiciones jurídicas originales, y que la creación de una disposición jurídica haya sido autorizada por una disposición de cierto sistema. Tampoco, asegura Raz, es prueba suficiente para decir que aquella disposición jurídica pertenece al mismo sistema.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> El sistema jurídico de un país puede otorgar la independencia a otro mediante una disposición jurídica que autorice todas sus disposiciones jurídicas. Sin embargo, las disposiciones jurídicas de este último constituyen un sistema jurídico separado.

Los factores en la determinación de la continuidad del sistema jurídico son:

- 1) la continuidad constitucional de las disposiciones jurídicas,
- 2) el contenido de las disposiciones jurídicas "no autorizadas".

La creación de una disposición jurídica original interrumpe la continuidad de un sistema jurídico sólo si ésta es una norma constitucional de gran importancia. Pero ni la continuidad constitucional de las nuevas disposiciones ni su contenido son, según Raz, condiciones necesarias o suficientes para establecer la continuidad o la falta de continuidad de los sistemas jurídicos.

La identidad de los sistemas jurídicos, afirma Raz, depende de la identidad de las formas sociales a las cuales los sistemas jurídicos pertenecen. Para Joseph Raz, el criterio de identidad de los sistemas jurídicos es determinado no únicamente por consideraciones teórico-jurídicas, ni meramente jurídicas, sino también, por consideraciones pertenecientes a otras ciencias sociales.

El criterio de identidad de los sistemas jurídicos momentáneos es formulado por Raz de la siguiente forma: un conjunto de enunciados normativos es una descripción completa de un sistema jurídico momentáneo si, y sólo si, cada uno de sus enunciados describe el mismo sistema jurídico momentáneo (o parte de él), y cada enunciado normativo que describe el mismo sistema jurídico momentáneo (o parte de él) está implicado por ese conjunto.

Esta formulación presupone un criterio de membresía de sistemas momentáneos, es decir, un criterio para determinar si un enunciado normativo dado, describe el mismo sistema jurídico momentáneo descrito por un conjunto de enunciados normativos. La definición de 'descripción completa' de un sistema jurídico momentáneo hace claro que si un enunciado normativo es implicado por un conjunto de enunciados normativos, entonces éste describe el mismo sistema descrito por el conjunto.

Raz considera insatisfactorias las soluciones al problema de la identidad y membrecía fundamentadas en el principio de origen, para el que el hecho creador de disposiciones jurídicas es el único factor que determina el sistema jurídico a que tales disposiciones pertenecen. Raz bosqueja una solución diferente basada en lo que llama 'principio de reconocimiento autoritativo'.

Holland, según Raz, piensa que no es la forma por la que las disposiciones jurídicas son creadas lo que determina su naturaleza de disposiciones jurídicas positivas y, por implicación, a qué sistema jurídico pertenece, sino a la forma en que son aplicadas.<sup>39</sup> Salmond, por su parte, explica que mientras existen varias formas por las cuales las disposiciones jurídicas son creadas; pero toda disposición jurídica, como quiera que haya sido creada, es reconocida y administrada por los tribunales, y no existen reglas que sean reconocidas por los tribunales que no sean reglas jurídicas. Por tanto, es a los tribunales y no a los cuerpos legislativos a quienes debemos dirigirnos para determinar la verdadera naturaleza del derecho.<sup>40</sup>

Por ello, Salmond define el derecho así: "el derecho consiste en las reglas reconocidas y aplicadas por los tribunales de justicia".<sup>41</sup> Raz comenta que Salmond al señalar órganos jurídico-aplicadores, difiere fundamentalmente de Bentham, Austin y Kelsen.<sup>42</sup>

Para Raz, la afirmación básica de Salmond es correcta, ya que todo sistema jurídico instituye órganos jurídico-aplicadores los cuales reconocen todas las disposiciones jurídicas del sistema. Raz sigue la línea de Salmond: un cierto enunciado normativo describe el mismo sistema momentáneo descrito por un cierto conjunto de enunciados jurídicos si describe un órgano jurídico-aplicador primario (o simplemente, órgano primario) que reconoce las disposiciones descritas por este conjunto de enunciados normativos, o bien, si

---

<sup>39</sup> Holland, Thomas E., *The Elements of Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1906, p. 40.

<sup>40</sup> Salmond, J. W., *On Jurisprudence*, Londres. Sweet and Maxwell, 1957, p. 41.

<sup>41</sup> *Idem*.

<sup>42</sup> Raz termina aceptando que la teoría de Kelsen es una de las que otorgan un papel relevante a los órganos jurídico-aplicadores, particularmente en la determinación de la eficacia.

un órgano primario descrito por el conjunto de enunciados normativos reconoce la disposición jurídica que el enunciado normativo dado describe. En consecuencia, afirma Raz, un sistema jurídico momentáneo contiene todas las normas jurídicas reconocidas por un órgano primario instituido por el sistema. Todo sistema jurídico momentáneo instituye, al menos, un órgano primario.

El criterio de Raz se basa en dos conceptos claves: el de órgano primario,<sup>43</sup> y el de 'el reconocimiento de una disposición jurídica'. El primero de los conceptos mencionados es la clave del criterio. Decir que un órgano primario reconoce una disposición jurídica, significa que si dicho órgano conociera, en el ejercicio propio de sus facultades, de una cuestión jurídica, éste actuaría en base a tal disposición.

El concepto de 'reconocimiento de una disposición jurídica' lo explica Raz haciendo una exposición *ad hoc* de la doctrina de Hart de la regla de reconocimiento. La relevancia de tal doctrina para el problema de la identidad y membrecía de los sistemas jurídicos, dice Raz, se muestra claramente en un conocido pasaje de Hart: "las reglas de reconocimiento especifican algún rasgo o rasgos cuya posesión por una supuesta regla es tenida por indicación positiva concluyente de que es una regla del grupo".<sup>44</sup>

Raz comenta que la razón fundamental que llevó a Hart a adoptar la doctrina de la regla de reconocimiento se expresa en el siguiente párrafo de *The Concept of Law*: "si surge la cuestión de saber si cierta regla es jurídicamente válida, para contestarla tenemos que usar un criterio de validez proporcionado por alguna otra regla".<sup>45</sup> Esta, dice Raz, es una cuestión muy discutible, puesto que la respuesta a esta cuestión debe recurrir no a una disposición jurídica, sino a un criterio teórico-jurídico. En última instancia, subraya Raz, tenemos que referimos a un enunciado general que describe no una disposición jurídica sino una verdad general sobre el derecho.

---

<sup>43</sup> Un órgano primario es un órgano que se encuentra autorizado a decidir si el uso de la fuerza, en ciertas circunstancias, está permitido o prohibido por el derecho.

<sup>44</sup> Cfr. Raz, Joseph. *El Concepto de Sistema Jurídico*, cit., p. 117

<sup>45</sup> Cfr. Raz, Joseph. *El Concepto de Sistema Jurídico*, cit., p. 133

Según Raz, en ciertos sistemas jurídicos pueden existir disposiciones jurídicas que obligan a ciertos órganos a aplicar todas las que satisfagan una cierta condición y bien puede ser el caso que tales disposiciones jurídicas sean, de hecho, todas las disposiciones del sistema. Pero, aun cuando tal disposición existiera, lo que no es siempre el caso, las disposiciones del sistema pertenecen al sistema no en virtud de tal regla de reconocimiento, sino en virtud de que fueron reconocidas por los órganos primarios del sistema.

Para Raz, no es claro por qué razón sostiene Hart que sólo existe una regla de reconocimiento. ¿Por qué no decir que hay varias reglas de reconocimiento dirigidas a diferentes tipos de funcionarios? ¿por qué no decir que existen distintas reglas de reconocimiento que reconocen diferentes tipos de disposiciones jurídicas? Raz no encuentra razón para pensar que los órganos que reconocen las disposiciones jurídicas se encuentran siempre bajo el deber de reconocer las disposiciones jurídicas -como la teoría de Hart supone-. Estos órganos, indica Raz, pueden estar bajo el deber de reconocer ciertas disposiciones y, sin embargo, estar jurídicamente en libertad de reconocer o no otras. La solución que propone Raz otorga decidida importancia a ciertos órganos jurídico-aplicadores, pero esto no implica:

- 1) que las disposiciones sean predicciones o descripciones de actos de tales órganos;
- 2) que las disposiciones sean dirigidas únicamente a tales órganos (las disposiciones jurídicas se encuentran dirigidas a varias clases de personas y, simplemente, son reconocidas por dichos órganos);
- 3) que todas las disposiciones sean creadas por tales órganos; o
- 4) que tales órganos se encuentren en la obligación de reconocer tales disposiciones.

El criterio de membrecía propuesto, sirve para resolver otro problema: el de la desuetudo. Kelsen piensa que una mínima eficacia es condición necesaria

de validez de cada disposición jurídica. Esta es su solución al problema del desuso.

En el criterio de Raz, las disposiciones de un sistema son aquellas reconocidas por los órganos primarios. Las leyes, reglamentos, etcétera, que no son considerados por los órganos aplicadores, no son, en realidad, parte del sistema jurídico. Pero el hecho de que sean pasadas por alto por la población, es irrelevante para su existencia. Dichas disposiciones se mantendrían válidas siempre que al ser consideradas por un órgano primario, en el ejercicio propio de sus funciones, sean reconocidas por él al actuar en base a ellas.

La solución propuesta por Raz, muestra otro aspecto para atribuir un papel central a los órganos jurídico-aplicadores. Con ello, trata de mostrar que el carácter institucional del derecho ayuda a la solución de los problemas de membrecía.

***c) La existencia de los sistemas jurídicos.***

El problema de la existencia de los sistemas jurídicos consiste en la búsqueda de un criterio para determinar si un cierto sistema jurídico existe. Algunos teóricos del derecho, dice Raz, fundamentan su opinión en el principio de eficacia. Pero, inmediatamente surgen ciertos problemas: ¿cómo deben contarse los casos de desobediencia? ¿cómo deben contabilizarse las oportunidades de obedecer el derecho? etcétera. Raz sostiene que ningún método de contabilidad puede tener mucho sentido.

Observa Raz, que no todas las violaciones al derecho son de igual importancia para la existencia de los sistemas jurídicos. La intención manifestada en la violación del derecho produce la gran diferencia. Raz compara, por ejemplo, el efecto de no pagar impuestos como un acto de desobediencia cívica con la misma violación cometida por un evasor ordinario. Otra cuestión, generalmente dejada sin respuesta, es saber si la mera conformidad al derecho debe ser equiparada a una obediencia que implique un conocimiento del derecho.

Raz señala que el principio de eficacia es básicamente referido a la obediencia o desobediencia de disposiciones que imponen deberes. Al respecto se pregunta si abstenerse de hacer uso de las facultades conferidas por una disposición-P es relevante para el problema de la existencia de los sistemas jurídicos.<sup>46</sup>

Raz resume, que aunque la obediencia a las disposiciones-D puede ser relevante para el problema de la existencia, tenemos que:

- i) evitar simplificar la contabilidad;
- ii) atribuir diferente peso a diferentes delitos;
- iii) tomar en cuenta circunstancias e intenciones;
- iv) tomar en cuenta el conocimiento del derecho y su influencia en el comportamiento de los individuos;
- v) tomar en cuenta tanto el ejercicio de facultades como el cumplimiento de deberes y
- vi) atribuir mayor importancia a disposiciones jurídicas constitucionales relevantes.

Raz sugiere cierta estrategia para el tratamiento del problema. Dos cuestiones habrá que distinguir: ¿Existe un sistema jurídico en una sociedad? Suponiendo que una sociedad sea gobernada por un sistema jurídico ¿por cuál sistema jurídico ésta gobernada? ¿cuál sistema jurídico existe en ella?

A tales cuestiones corresponden, señala Raz, dos diferentes tipos de exámenes: unos para determinar si en una sociedad dada existe algún sistema jurídico; los otros para determinar, suponiendo una respuesta positiva a la primera cuestión, cuál es el sistema jurídico que ahí existe.

---

<sup>46</sup> Por ejemplo, la abstención masiva en las votaciones parlamentarias.

El primer tipo de exámenes, se refieren a la eficacia general de los sistemas jurídicos. Ahora bien, que uno de dos o más sistemas jurídicos, de los que superan el primer tipo de examen, sea más eficaz que otro, no es prueba de que sea el sistema jurídico existente. La cuestión debe ser decidida por un segundo examen: el examen de exclusión.

Antes de que el examen de exclusión sea aplicado, dice Raz, es necesario determinar que los dos sistemas jurídicos considerados sean recíprocamente excluyentes. Saber si dos sistemas jurídicos son compatibles depende: *Primero*.- De las formas sociales de organización de las cuales los sistemas jurídicos son parte. *Segundo*.- Del grado en que entran en conflicto.

El examen de exclusión otorga especial importancia a la actitud de las personas y a su comportamiento hacia el Estado, el régimen, u otras formas de organización social; de las cuales el sistema jurídico referido es parte integrante. Es justamente aquí, señala Raz, que las intenciones de las personas al violar ciertas obligaciones, al ejercitar o abstenerse de ejercitar ciertas facultades jurídicas, adquieren importancia decisiva.

Otro de los factores a los que Raz atribuye especial importancia en el examen de exclusión, es la eficacia de las disposiciones constitucionales relevantes; por ejemplo, las que regulan el funcionamiento de los órganos jurídico- aplicadores importantes, o aquellas que regulan el funcionamiento de los órganos creadores de disposiciones jurídica, o bien, todas las disposiciones que poseen un carácter político, etcétera.

Raz señala que el examen de exclusión es un examen comparativo. De los sistemas jurídicos que compiten, el que salga mejor de este examen será el orden jurídico existente. En ciertos casos, apunta el profesor de Oxford, dos sistemas jurídicos en competencia pueden tener iguales pretensiones; tal caso es un caso incierto.

### ***3. Fuentes del Derecho, Normatividad e Individuación***

## El Problema de los Sistemas Jurídicos

En la segunda edición de *The Concept of a Legal System*, Raz incorpora ciertos replanteamientos, explicaciones complementarias, así como algunas reformulaciones de sus tesis.

Raz comienza el apéndice a su libro, reiterando que una teoría de la naturaleza de los sistemas jurídicos es uno de los principales aspectos de la parte analítica de la filosofía del derecho. Más aún, conjuntamente con la *Theory of adjudication*<sup>47</sup>, la teoría de los sistemas jurídicos procura el fundamento conceptual para el entendimiento del derecho como una institución social. Las teorías de la decisión (judicial) y del sistema jurídico proporcionan la base para la evaluación crítica del derecho, la cual constituye, dice Raz, la otra parte de la filosofía del derecho.

Para Raz, la filosofía jurídica no es, y nunca ha sido considerada por sus principales exponentes, una mera investigación del significado de una palabra o grupo de palabras. La filosofía jurídica es el estudio de una forma específica de organización social. Esta organización social proporciona uno de los contextos importantes en el cual la palabra 'derecho' es usada. Sin embargo, el estudio de la organización social y el estudio de su estructura normativa es lo que constituye su objeto específico, no el significado de alguna palabra.

De las cuatro principales cuestiones que pertenecen a la teoría de los sistemas jurídicos, Raz concentra su atención en dos: la identidad y la estructura.

Raz observa (lo que en cierta medida es una rectificación) que para Kelsen la eficacia depende no sólo de la conformidad al derecho por parte de la población en general, sino del éxito de los tribunales y otras agencias ejecutoras en la aplicación de sanciones a los infractores. En Hart, para la eficacia, la conformidad no es suficiente; la aceptación del derecho, al menos de parte de los funcionarios, es también necesaria.

---

<sup>47</sup> Por '*adjudication*' se entiende el acto de decidir o resolver una controversia judicialmente. Es una decisión autoritativa judicial. Por extensión se aplica a todos los principios y reglas que permiten a los órganos aplicadores del derecho, a los tribunales, la solución de una controversia jurídica.

Raz afirma que los sistemas jurídicos no son organizaciones sociales 'autárquicas'. Los sistemas jurídicos son un aspecto o una dimensión de algún sistema político. El derecho es un aspecto de un sistema político, sea un Estado, una iglesia, una tribu nómada, o cualquier otro. Tanto su existencia como su identidad están vinculados a la existencia e identidad del sistema político del cual forma parte.

Raz sostiene dos tesis al respecto:

1) la identidad de un sistema jurídico (en el tiempo) depende de la continuidad del sistema político del cual el sistema jurídico es parte;

2) existen criterios jurídicos autónomos para definir los límites de un sistema jurídico momentáneo. Raz afirma que un sistema jurídico momentáneo consiste únicamente de reglas que un cierto sistema de tribunales debe aplicar, de conformidad a sus propias prácticas y costumbres<sup>48</sup>. Esta definición, comenta Raz, deja sin explicar la noción 'sistema de tribunales'. Los tribunales, señala, pueden ser considerados como perteneciendo al mismo sistema jurídico si su práctica consiste en reconocer reglas en base al mismo criterio de validez. Pero, podría tener cierto sentido hacer referencia al carácter del sistema político del cual este sistema jurídico forma parte y distinguir aquellos tribunales que son órganos del sistema político de aquellos que no lo son. Esto, insiste, producirá una definición más precisa de 'sistema jurídico momentáneo' y su mayor mérito consiste en subrayar que el derecho es un elemento de la organización política de la sociedad. Ciertamente, apunta Raz, el derecho puede y debe ser tratado como un sistema autónomo, para muchos propósitos; pero, en última instancia, sus límites dependen de la naturaleza y límites de sistemas político mas amplios de los que él forma parte.

Raz enfatiza la insuficiencia de un criterio jurídico autónomo para proveer una doctrina de la identidad de los sistemas jurídicos y advierte que

---

<sup>48</sup> Raz, en su *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 132-148, proponía esta definición, distinta a la que ofrece en su *The Concept of a Legal System*, cit., pp. 192-193.

debemos ser muy cautos para no caer en el error contrario, ya que sería muy fácil subestimar la importancia de estas consideraciones jurídicas las cuales efectivamente contribuyen a la teoría de la identidad. Son parte de la esencia del derecho; parte de aquellas características que están presentes en todo sistema jurídico y en virtud de las cuales son sistemas jurídicos.

*a) La tesis de las fuentes del derecho*<sup>49</sup>

Para abordar el problema de las fuentes del derecho, Raz expone una tesis que, sin duda, es una de las más características de su filosofía del derecho: un sistema jurídico puede ser concebido como un sistema de razones para actuar. Por esto, el problema de su identidad equivale a la cuestión de saber qué razones son razones jurídicas, mejor, qué razones son razones jurídicas de uno y el mismo sistema jurídico.

Raz señala dos características necesarias para que las razones sean jurídicas:

- 1) ser aplicadas y reconocidas por un sistema de tribunales; y
- 2) que tales tribunales estén obligados a aplicarlas de conformidad a sus propias prácticas y costumbres.

Estas características dan cuenta del carácter institucional del derecho. El derecho es un sistema de razones reconocidas y aplicadas por instituciones jurídico-aplicadoras de carácter autoritativo<sup>50</sup>. Raz añade una condición más:

- 3) las razones jurídicas son de tal forma que su existencia y contenido pueden ser establecidos en base únicamente a hechos sociales, sin

---

<sup>49</sup> Para una completa explicación de este tema puede verse el libro *The Authority of Law*, cit., pp. 45-52.

<sup>50</sup> La idea de obligatoriedad reaparece. Cuando Raz comenta la regla de reconocimiento de Hart, dice que no ve razón para pensar que los tribunales estén siempre en la obligación de reconocer las disposiciones jurídicas. Cfr. Raz, Joseph. *El Concepto de Sistema Jurídico*, cit., p. 200

recurrir a argumentos morales. Raz llama esta condición 'la tesis de las fuentes'.

Según esta tesis, el derecho existe únicamente en sociedades en las cuales existen instituciones judiciales que en la toma de decisiones reconocen la distinción entre un estadio deliberativo y un estadio ejecutivo. Tales instituciones se ven obligadas a reconocer y aplicar ciertas razones, ya que consideran su validez autoritativamente establecida. Los tribunales consideran la cuestión, en el litigio que conocen, como teniendo un carácter ejecutivo; si esto es así, los tribunales no manejan argumentos morales en cuanto a considerar un cierto hecho (e.g. una legislación) como razón para cierta acción, sino que lo considerarán como razón que están obligados a aplicar, una vez que la existencia del acto relevante haya sido establecida a través de argumentos moralmente neutros. Únicamente razones que obliguen a los tribunales en esta forma, esto es, sólo razones 'ejecutivas', cuya existencia puede ser establecida sin invocar argumentos morales, son razones jurídicas.

Raz aclara que la tesis de las fuentes no implica la pretensión de que algunas razones sean buenas u obligatorias; simplemente afirma que las razones jurídicas son razones de tipo 'ejecutivo' tenidas por válidas por los tribunales. No respalda el punto de vista de los tribunales. La tesis no pretende que todas las consideraciones que los tribunales reconocen y aplican sean hechos identificables sin recurrir a argumentos morales. La tesis simplemente afirma que de las consideraciones que los tribunales legítimamente reconocen, únicamente aquellas que se conforman a la condición anterior son consideraciones jurídicas. La tesis de las fuentes identifica razones jurídicas a través de los tribunales. Pero no es parte de la tesis que todas las razones jurídicas se dirijan a los tribunales. Las razones jurídicas están dirigidas a todo tipo de persona, aunque tengan en común que los tribunales estén obligados a reconocerlas y a derivar conclusiones apropiadas de la conformidad o no conformidad a ellas. En algunas ocasiones los tribunales están facultados por el derecho a reconocer la validez de ciertas razones sólo si no son moralmente indeseables. Tales razones son, por supuesto, válidas *prima facie* siempre que satisfagan otros tests de validez requeridos por el derecho. Sólo cuando la validez de ciertas consideraciones (e.g. un contrato) ha sido declarada judicialmente, puede ésta ser establecida de conformidad con la tesis de las

fuentes. Con anterioridad a tal decisión judicial, ninguna consideración puede ser tenida por jurídicamente válida de forma concluyente. Finalmente, la tesis es de carácter final. El carácter final de la tesis es resultado de la división del trabajo entre la deliberación y la ejecución.

***b) La individuación en general.***

El mejor enfoque a la cuestión de la individuación, dice Raz, es a través del examen de los enunciados jurídicos. Todos los enunciados jurídicos (directos) pueden ser expresados por oraciones de la forma: 'jurídicamente p' o, simplemente, 'Jp', donde 'p' es una variable sentencial. El análisis de esta clase de enunciados jurídicos es objeto de la teoría de la individuación.

Los enunciados jurídicos verdaderos pueden ser puros o aplicados, o poseer ambas características. Los enunciados jurídicos puros son verdaderos en virtud de que la existencia o no existencia de disposiciones jurídicas es suficiente para establecer su verdad. Los enunciados jurídicos aplicados contienen otros hechos entre las condiciones suficientes para el establecimiento de su verdad. Los enunciados jurídicos del tipo: 'existe una disposición jurídica que p' son lógicamente puros. No pueden ser enunciados aplicados. Raz señala que los enunciados del tipo: 'existe una disposición que p' describen, cada uno, una disposición jurídica completa o el núcleo de ella. El operador: 'existe una disposición que...' es denominado por Raz: 'operador de individuación'.

Las disposiciones jurídicas existen, señala la tesis de las fuentes, en virtud de ciertos actos sociales. Los enunciados lógicamente puros son enunciados cuyas condiciones de verdad consisten sólo en actos creadores de derecho. Otros enunciados jurídicos incluyen actos aplicativos entre sus condiciones de verdad. La distinción entre enunciados lógicamente puros y otros enunciados jurídicos es importante porque refleja la distinción entre actos creadores y actos aplicadores del derecho, cuya diferencia no se encuentra en la generalidad de los primeros, sino en ser costumbres o actos del gobierno en el poder o de sus órganos. Los actos creadores del derecho son una subclase de actos gubernamentales.

Raz recapitula y dice con respecto a los enunciados jurídicos que un enunciado de la forma: 'existe una disposición que p', es verdadero si, y sólo si, el enunciado correspondiente de Jp

- 1) es verdadero;
- 2) su verdad es establecida únicamente por actos jurídicos de creación;  
y
- 3) representa el contenido (o el núcleo) de una disposición jurídica independiente y completa.

El trabajo del filósofo del derecho consiste en articular las convenciones que gobiernan el uso de tales enunciados y presentar una explicación sistemática. Esta es la tarea de una doctrina de la individuación.

Raz resume en cinco las tesis que constituyen las conclusiones básicas de una doctrina de individuación<sup>51</sup>, las cuales son rasgos generales que gobiernan el uso del operador de individuación:

- 1) en todo sistema jurídico existen reglas que imponen deberes y reglas que confieren facultades;
- 2) estas son normas jurídicas;
- 3) en todo sistema jurídico existen varios tipos de disposiciones jurídicas que no son normas;
- 4) todas las disposiciones jurídicas que no son normas se encuentran internamente relacionadas a las normas jurídicas; y
- 5) las reglas jurídicas pueden entrar en conflicto.

---

<sup>51</sup> Esta tesis sustituye su anterior formulación en doce tesis.

En estrecha conexión con el problema de la individuación, Raz replantea el problema de las reglas que confieren facultades. Algunos autores dudan de la independiente existencia de este tipo de reglas. Tales dudas, señala Raz, comienza con *On Laws in General* de Bentham. Harris<sup>52</sup>, por otra parte, ha señalado que es posible describir de forma completa el contenido de un sistema jurídico como constituido solamente de reglas que imponen deberes y que sería deseable hacerlo. Raz considera que es muy dudoso que tal proyecto fuera realizable.

Señala Raz, que Niel Mac Cormick ha, señalado que los derechos subjetivos pueden existir con independencia de los deberes<sup>53</sup>. En algunas ocasiones la ausencia de un 'deber correspondiente' se debe al hecho de que el sistema jurídico condiciona la existencia del deber, y ocurre que nadie satisface tal condición.

El derecho objetivo prevé que si alguien tiene un derecho subjetivo y si alguna otra condición es satisfecha, entonces otra persona tiene un deber. Hay casos en que el derecho subjetivo existe, pero que las otras condiciones no son satisfechas. Esto hace imposible reducir los derechos subjetivos a los deberes existentes.

Señala Raz que los derechos subjetivos tienen mayor fuerza residual que la de ser meramente parte de las condiciones de deberes condicionados. Los derechos subjetivos son principios que guían la discreción de los tribunales. Los tribunales pueden justificar la creación de nuevos deberes en base a la existencia de derechos subjetivos. Ciertas reglas que imponen deberes pueden ser creadas para proteger tales derechos; nuevos poderes pueden ser conferidos para facilitar su ejercicio, etcétera. El punto crucial, señala Raz, es que tales deberes no pueden ser deducidos de esos derechos subjetivos. Dichos derechos subjetivos no implican la existencia de esos deberes; simplemente autorizan e

---

<sup>52</sup> Cfr. Harris, J. W., *Law and Legal Science. An Inquiry into the Concepts. Legal Rule and Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1979.

<sup>53</sup> Una ley o cualquier negocio jurídico privado puede investir a una persona con un derecho subjetivo sin que imponga un deber a alguien con respecto a este derecho.

instruyen al tribunal a actuar de forma a protegerlos, siempre que juzguen tal acción como la mejor a la luz de consideraciones morales válidas.

Señala Raz que los derechos subjetivos en general tienen dos dimensiones. Por un lado, se encuentran regulados por disposiciones que otorgan, privan o "constituyen" derechos subjetivos; por otro, son fuente potencial de nuevas disposiciones: autorizan a los tribunales a generar nuevas disposiciones para su protección. Esta segunda dimensión, señala Raz, impide la reducción de los derechos subjetivos a los deberes. Esto no quiere decir que el concepto de derecho subjetivo pueda ser explicado sin referencia a tales deberes. La explicación bosquejada representa al derecho subjetivo como fuente de 'potenciales deberes'. Pero es un error pensar que la dependencia explicativa de 'derecho subjetivo' de 'deberes' lleve a la conclusión de que las disposiciones que regulan derechos subjetivos son meramente parte de las reglas que imponen deberes o son equivalentes.

Finalmente, señala Raz, los derechos no pueden ser reducidos a razones *prima facie* para los tribunales para garantizar su contenido. El derecho subjetivo de A para hacer  $\hat{O}$  es una razón para los tribunales para permitir a A hacer  $\hat{O}$  e impedir a los demás la interferencia. Ciertamente, señala J. Raz, los tribunales pueden haber tenido una razón, basada en diferentes fundamentos (consideraciones de bienestar general, seguridad pública, etcétera), o basada en el derecho de A. Afirmar el reconocimiento jurídico del fundamento de la razón del tribunal para dejar a A hacer  $\hat{O}$ , no es meramente retórico; puede ser crucial para determinar el peso que el tribunal atribuye a esta razón cuando entra en conflicto con otras.<sup>54</sup>

Según Raz, está fuera de duda que el operador de individuación efectivamente se aplica a tales reglas. En el discurso jurídico el operador de individuación y otros implementos de individuación son regularmente usados para referirse a las reglas que confieren facultades. La pregunta es ¿tales reglas son también normas? No serían normas si uno entiende por normas sólo aquellas que requieren o prohíben. Las facultades (powers) son capacidades

---

<sup>54</sup> Raz señala que los derechos subjetivos o cierta clase de ellos, pueden ser permisiones, pero entonces se necesita una apropiada definición de las permisiones que den cuenta del problema.

**normativas conferidas a las personas en virtud de que es deseable permitirles cambiar las situaciones normativas cuando ellos escojan hacerlo.**

**En esta reformulación Raz explica que tal capacidad significa que el derecho mismo otorga consecuencias jurídicas a una acción para determinar las consideraciones en favor y en contra de tal acción en base a las cuales el sujeto decide qué hacer. La disposición guía la acción del "facultahabiente". Guía su decisión para ver si ejercita o no tal facultad. Es por eso, señala Raz, que las disposiciones que confieren facultades son normas, guían el comportamiento. Pero, contrariamente a las disposiciones que imponen deberes, ellas proporcionan una guía indeterminada.**

**Las obligaciones son requerimientos que vencen las otras razones que se tengan para actuar. La guía que proporcionan las reglas que otorgan facultades dependen de las otras razones que el agente tenga. Si tiene razones para asegurar el resultado que le otorga dicha facultad, entonces tiene razones para ejercitarla, si tiene razones para evitar el resultado, entonces tiene razones para no ejercitarla.**

**Al imponer deberes el derecho requiere una decisión. El derecho tiene el deber jurídico como la única razón legítima para determinar tal decisión. En este caso el derecho determina las razones para la acción al limitar la opción del agente. No le deja opciones. Las disposiciones que confieren facultades determinan jurídicamente las razones del agente en favor o en contra de la acción. El derecho vincula ciertas consecuencias a la acción para que el agente base su decisión en favor o en contra de la acción en base a estas consecuencias.**

**Cuando una disposición guía el comportamiento, esto es, cuando determina las razones para la acción de un agente en la forma que ha sido descrita (de forma directa -al imponer un deber- o de forma indeterminada -al conferir una facultad-) esta disposición jurídica es una norma. Por tanto, concluye Raz, existen, al menos, dos tipos de normas jurídicas: las que imponen deberes y las que confieren facultades.**

**c) El carácter normativo del derecho**

Dice Raz que falta una explicación clara de la normatividad de las disposiciones jurídicas como una tarea independiente de la filosofía del derecho. Raz explica en el Postscript de su libro, la idea de la normatividad del derecho que a lo largo del trabajo pareciera deviene una imagen equívoca y distorsionada. Al respecto indica que tres cuestiones tienen que ser separadas:

- 1) ¿Cómo determinar el carácter normativo de las disposiciones jurídicas?
- 2) ¿Cómo afecta la existencia del derecho las motivaciones para la acción?
- 3) ¿Por qué las personas usan un lenguaje normativo al hablar del derecho?

Una disposición jurídica es norma en tanto que tiene la intención de guiar la acción determinando las razones en favor o en contra de su realización. El carácter intencional de la regulación decide qué tipo de norma es.

¿Afecta el derecho las actitudes y acciones de las personas? ¿de qué manera? El carácter normativo de una disposición es frecuentemente un factor crucial para determinar su fuerza motivadora. Observa Raz, que existe la idea errónea de creer que la fuerza motivadora de una disposición jurídica determina su carácter normativo. Esta tesis se la atribuye a Kelsen. Tal tesis fue convincentemente refutada por Hart en *Kelsen visited*.<sup>55</sup>

Raz se pronuncia por la idea de que el carácter normativo de las disposiciones jurídicas depende de la intención del derecho al determinar las razones para la acción. Esta tesis enfatiza la idea de que la intención del derecho es un factor decisivo en la determinación de su carácter normativo.

---

<sup>55</sup> En *UCLA Law Review*, vol. 10, núm. 4, 1963, pp. 709-728. Existe traducción española de Javier Esquivel: Una visita a Kelsen, en *Cuadernos de "Crítica"*, 4, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1977.

Esta intuición básica, comenta Raz, informa el trabajo de muchos estudiosos del derecho.

Señala Raz que el derecho motiva de dos maneras; vinculando consecuencias de varias formas de comportamiento, y al establecer estándares de comportamiento. Si el sistema jurídico considerado es mayormente eficaz, existe alguna probabilidad de que las consecuencias jurídicamente estipuladas serán, de hecho, implementadas. Cualquier persona con un conocimiento general de estos hechos, asumiendo que es mínimamente racional, será afectado en cuanto a sus motivaciones, se verá inclinado a adoptar un curso de comportamiento atrayente de consecuencias jurídicamente favorables y evitando la acción a la cual se encuentran vinculadas consecuencias desfavorables. Este es justamente el truismo que aparece en las teorías que hacen residir la fuerza motivadora del derecho enteramente en las sanciones.

El derecho no motiva sólo a través de sanciones. No podemos, dice Raz, pasar por alto la importancia de otras consecuencias jurídicamente estipuladas ni olvidar la fuerza motivadora del establecimiento de estándares. En muchas sociedades varios grupos aceptan convenciones que requieren el cumplimiento del derecho. Tales convenciones permiten al derecho motivar estableciendo estándares que dan origen a nuevas formas de comportamiento.

Afirma Raz que ni la explicación del carácter normativo de las disposiciones jurídicas ni el entendimiento de la fuerza motivadora de derecho, es suficiente para explicar por qué es que las personas hacen uso del lenguaje normativo al describir el derecho.

Dice Raz que al usar el lenguaje normativo normalmente se implica la aceptación de la validez, de la obligatoriedad, de las reglas jurídicas aludidas. Por el contrario, evitar el lenguaje normativo frecuentemente sugiere rechazar la creencia en la validez del derecho. La aceptación no supone aprobación moral de la regla, ni que existen razones morales adecuadas para obedecerla. Contundentemente, afirma Raz, uno acepta una regla de conducta si se comporta de conformidad con ella en tanto regla. Cuando una persona describe situaciones jurídicas mediante el uso de términos normativos, normalmente

implica que acepta la obligatoriedad de las reglas en las que sus enunciados reposan. Raz llama a esto: 'el uso comprometido del lenguaje normativo'.

No todos los enunciados producidos mediante el uso del lenguaje normativo son de este tipo. El lenguaje normativo puede ser usado para describir las opiniones normativas de otras personas. Por ejemplo: 'en la década pasada se pensaba que una mujer tenía derecho a abortar cuando así lo solicitara'. Muchos autores suponen que todo el uso del lenguaje normativo no-comprometido es de este tipo. Sin embargo, sostiene Raz, éste no sería el caso de un abogado que aconseja a un cliente o cuando discute una cuestión jurídica. Estos enunciados normativamente no-comprometidos son denominados por Raz 'enunciados imparciales' ('detached') o 'enunciados del punto de vista del derecho. Un enunciado de este tipo es verdadero si, y sólo si, el enunciado normativo comprometido normalmente hecho mediante el uso de la misma oración es verdadero.

#### ***4. Conclusiones al cuarto capítulo.***

Los sistemas jurídicos son como intrincadas urdimbres de disposiciones jurídicas interrelacionadas. La preocupación de la filosofía jurídica es encontrar los criterios definitorios de un sistema del tipo jurídico.

La teoría del sistema jurídico son las soluciones a los problemas de existencia, identidad, estructura y contenido. Los criterios de existencia e identidad son parte necesaria de cualquier definición adecuada de sistema jurídico.

Kelsen es el primer autor en tratar explícitamente el problema del sistema jurídico, aunque ya John Austin tenía una teoría completa, de forma implícita, en su doctrina.

Según Austin, una norma existe si es emitida por el soberano y una norma forma parte del sistema si, y sólo si, ésta ha sido emitida por el soberano. En la teoría de John Austin no encontramos relaciones internas entre disposiciones jurídicas del sistema.

Estoy de acuerdo con Joseph Raz que la teoría de Austin sufre de defectos porque no puede explicar satisfactoriamente el problema de la delegación de facultades legislativas y porque el hecho que convierta la obediencia personal al soberano en condición de existencia del sistema jurídico, conduce a una distorsionada imagen de la duración del sistema jurídico.

La teoría de Austin es una explicación a un sistema jurídico momentáneo y al no lograr establecer la unicidad de la soberanía, su criterio de identidad no puede ser aceptado.

Kelsen por su parte, basa su criterio de existencia de un sistema jurídico en si sus disposiciones llegan a obtener un mínimo de eficacia. En cuanto al criterio de identidad y membresía, Kelsen lo determina por los hechos de su creación.

Creo que la más brillante explicación al problema de la identidad es la formulada por Kelsen a través de sus cadenas de validez. La explicación del profesor austriaco, sí logra describir un sistema jurídico propiamente dicho, ya que su poder fundamental no necesita ser continua. Un sistema jurídico existe aunque los titulares del poder fundamental dejen de existir.

El establecimiento de normas jurídicas y la creación de disposiciones legislativas son cuestiones distintas. Una norma esta compuesta por muchas disposiciones legislativas, mejor, contiene diferentes partes del material legislativo.

Los filósofos del derecho tienen que decidir los principios de individuación de las disposiciones jurídicas, porque sólo mediante el usos de esos principios se puede representar el material jurídico en forma de enunciados normativos. En este sentido, la filosofía jurídica tiene las tareas de formular los criterios que permitan determinar la identidad del material jurídico autoritativo y los principios de individuación, determinando qué tanto del material del sistema corresponde a una disposición jurídica.

Para Bentham el más importante principio de individuación es que una disposición jurídica es una norma y una prescripción. Para Kelsen, sería una norma y una permisón, o una norma coercitiva.

El profesor de Viena concibe a las normas jurídicas como imperativos, porque según él son estándares de evaluación, guías de la conducta humana, están respaldadas por razones en forma de prospectivas de algún daño en caso de desobediencia y son creadas por actos humanos que tienen el propósito de crear normas.

Las relaciones internas entre disposiciones jurídicas en un sistema, dependen de los principios de individuación y de la riqueza, complejidad y variedad del contenido del sistema jurídico.

Los principios de individuación son determinados por la teoría jurídica, mientras que el contenido de un sistema depende de hechos contingentes del sistema particular.

Estoy de acuerdo con Joseph Raz y sus conclusiones básicas a una doctrina de la individuación, las cuales son los rasgos generales que gobiernan el operador de individuación.

Finalmente creo que la continuidad y alcance de un sistema jurídico, no puede determinarse por las relaciones internas entre sus normas, más bien dependen de prácticas y actitudes sociales.

Además, la explicación del derecho debe dar cuenta de la manera en que el derecho es entendido por quiénes están sujetos a él o por quiénes reaccionan ante él (siendo guiados o tratando de eludirlo).

## **BIBLIOGRAFÍA**

## BIBLIOGRAFIA

ALCHURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Burt Franklin, 1970.

BAYER, Kurt G. "Hans Kelsen. Vida y Obra", en *Seminario Internacional sobre la obra de Hans Kelsen*, traducción, presentación y notas de Rolando Tamayo y Salmorán, Hans Kelsen Institut-Stiftung, Viena. Fiscalía General de la República de Cuba, (en prensa).

FITZGERALD, J. "The Concept of a Legal System by Joseph Raz", en *The Modern Law Review*, vol. 32, núm. 5, septiembre de 1971.

HART, H. L. A. "Kelsen Revisited", en *Law Review*, vol. 10, núm. 4, 1963, pp. 709-728.

-----, "Una visita a Kelsen", traducción al español de Javier Esquivel en *Cuadernos de "Crítica"*, 4, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1977.

-----, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.

-----, *El Concepto del Derecho*, traducción al español de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, 1962. Reimpresa por Editora Nacional, México, 1978.

HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Concepts*, Yale New Haven, Connecticut University Press, 1964.

-----*Conceptos Jurídicos Fundamentales*, traducción al español de Genaro Carrió, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968. Publicado también por Editorial Fontamara, México, 1990.

HOLLAND, Thomas E., *The Elements of Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1906.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1949. Reimpresión de 1983.

-----*Teoría Pura del Derecho*, traducción del original del alemán de Roberto J. Bernengo, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979.

LUCAS, John. *The Principles of Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1966.

MAC CORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*, Londres, Edward Arnold, 1981.

NINO, Carlos S. *Introducción al Análisis del Derecho*, Segunda Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.

-----*Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Valencia, Venezuela, Universidad de Carabobo, 1979.

----- *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México, UNAM, 1974.

----- "Legal Norms and Reasons for Action", en *Rechtstheorie*, 15 Band, Heft 4, Berlín, 1984.

RAZ, Joseph. "Authority and Justification", en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 14, Núm. 1, 1985.

----- "H.L.A. Hart", en H.L.A. Hart y el Concepto de Derecho", en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, Núm. 28, Primer Semestre, 1986.

----- "The Institutional Nature of Law", en *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 19, 1974, pp. 94-111. Reimpreso en *The Modern Law Review*, vol. 38, No. 5, Septiembre de 1975, pp. 491-504.

----- "The problem about the nature of law" reimpresión de *The University of Western Ontario Law Review*, vol. 21, Núm. 2, diciembre de 1983. Originalmente publicado en Gottorm, Fløistad (Ed.), *Contemporary Philosophy*, vol. 3, *Philosophy of Action*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers BV, 1983. También apareció publicado como el capítulo 8 en *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

----- *El Concepto de Sistema Jurídico. Una introducción a la Teoría del Sistema Jurídico*, traducción y notas de Rolando Tamayo y Salmorán; UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986

----- *La autoridad del derecho. Ensayos sobre moral y derecho*, traducción y notas de Rolando Tamayo y Salmorán; UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, con una reimpresión en 1985.

-----, *Practical Reasons and Norms*, Londres, Hutchinson & Co. Ltd., 1975.

-----, *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

-----, *Razonamiento Práctico*, trad. de Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

-----, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979.

-----, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press, 2nd. Edition, Oxford, 1980.

-----, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford 1986.

RUIZ MANERO, Juan, "Entrevista con Joseph Raz" en *Doxa, Revista de Filosofía del Derecho*, 9, 1991, pp. 321-344.

SALMOND, J. W., en *Jurisprudence*, editado por G. William, Londres, Sweet and Maxwell, 1957.

SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises. "Introducción", en *Seminario Internacional sobre la obra de Hans Kelsen*, traducción, presentación y notas de Rolando Tamayo y Salmorán, Hans Kelsen Institut-Stiftung, Viena. Fiscalía General de la República de Cuba, (en prensa).

TAMAYO SALMORÁN, Rolando. *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, 1976.

-----, "La teoría de los Sistemas Jurídicos de Joseph Raz", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XIV, número 42, pp. 1147-1195.

-----, "La Teoría del Derecho de John Austin", en *Anuario Jurídico*, año XI, núm 11, 1984, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

-----, *Elementos para una Teoría General del Derecho (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica)*, Editorial Themis, México, 1992.

-----, *El Derecho y la Ciencia del Derecho. (Introducción a la Ciencia Jurídica)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.

TUCK, R. Why is Authority Such a Problem?, en Laslet, R., et al (Eds.) *Philosophy, Politic and Society*, (4th Series), Basil Blackwell, 1972.