

VI. El razonamiento práctico y Joseph Raz.¹⁷⁸

A. El razonamiento práctico y las normas.

Es un tópico de la ciencia del derecho aceptar que la función esencial de éste es la regulación de la conducta de las personas sujetas a su imperio. Los autores que hemos visto (salvo, en algunos casos, Hart), sin embargo, tienden a constatar este aserto y luego pasar a un análisis de las normas conforme a las cuales los sujetos deben comportarse (o, en otros casos, de la forma en que efectivamente se comportan, o de los valores implícitos en las normas). No es común, sin embargo, un análisis del modo mediante el cual las normas determinan la acción de los imperados. Este estudio implica enfocar las normas como 'razones para la acción', y analizar el derecho desde el punto de vista de su influencia en el razonamiento práctico. Esta es la perspectiva asumida por Joseph Raz.

El razonamiento práctico, dice Raz, es "la transición (no necesariamente consciente) que va de creer en las premisas a la aceptación de una conclusión putativa de una inferencia práctica"¹⁷⁹. Las inferencias prácticas son "conjuntos ordenados de enunciados, el último de los cuales es una conclusión práctica, debidamente

apoyado por los demás"¹⁸⁰. La función de ellas es justificar la acción respectiva, mostrando que la conclusión del razonador está debidamente apoyada en las premisas de las que dependió.

El concepto clave dentro del razonamiento práctico es de razón. Una razón "es un hecho que por sí mismo basta para imponer cierto curso de acción, siempre que no haya otros factores que lo derroten"¹⁸¹. Del modo en que dicho curso de acción es impuesto se desprende una importante distinción entre razones de primer y de segundo grado.

Para Raz las razones de primer grado son aquellas que el agente tiene para hacer o no hacer (por ejemplo, el hecho de que esté lloviendo es una razón para -un hecho que me impone- salir con mi paraguas). Por otro lado, una razón de segundo grado "es cualquier razón de actuar por una razón, o contenerse de actuar por una razón"¹⁸².

Imaginemos el caso de Ana, quien busca una buena manera de invertir su dinero. Un día llega, después del trabajo, tarde y cansada a su casa y la está esperando Pedro, un amigo. Pedro le ofrece a Ana una lucrativa posibilidad de inversión, pero Ana debe decidir antes de la 24:00 hrs. de ese día. Trae Pedro consigo todos los papeles y antecedentes para que Ana estudie la inversión y decida. Ana, después de dar un vistazo a los papeles, cree que la oferta es buena, pero la rechaza diciéndole

178 Una visión general del libro de Raz es el artículo de Tamayo S., Rolando: "La Teoría de Raz de los Sistemas Jurídicos", en Boletín mexicano de derecho comparado, No. 42, 1981 (sept.- Dic.) México D.F., pp. 1147-1195.

179 Raz, Joseph (ed.): "Razonamiento...", op. cit. en nota 128, p. 15. Sobre la revalorización del razonamiento práctico en el derecho, Vid el enfoque tradicional aristotélico-tomista de Finnis, John: "Natural Law and Natural Rights", Oxford, Clarendon Press, 1980, y su obra posterior, "Fundamentals of Ethics", Oxford, Clarendon Press, 1985. Una exposición de los enfoques del razonamiento práctico de John Finnis y Jürgen Habermas, en Streeter, Jorge, "Razonamiento Jurídico en el Derecho Económico", materiales de clase para el curso homónimo, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 1990, pp. 35ss.

180 *Ibidem*.

181 *Idem*, p. 28.

182 Raz, Joseph: "Las razones de las acciones, decisiones y normas", en Raz, Joseph (ed.): "Razonamiento...", op. cit. en nota 128, p. 246. Nótese la analogía entre esta distinción y la de Hart entre normas primarias y secundarias.

a Pedro que está tan cansada que no confía en su juicio, y no se atreve a actuar conforme a él.¹⁸³

El hecho de que a Ana le haya parecido conveniente la oferta es una razón de **primer grado** para invertir el dinero. Sin embargo, Ana no actuó conforme a ella, pues tenía una razón de segundo grado que superaba a la primera. Nótese que el hecho de que Ana esté cansada **no tiene ninguna relación con la acción en cuestión**, sino es un hecho que excluye a las otras razones. Se refiere a razones de primer grado (que la oferta es conveniente), excluyéndolas. Raz denomina a esta especie de normas de segundo grado normas exclusionarias¹⁸⁴.

Las normas, en general, pueden influir la acción de los sujetos de dos formas distintas: como razones de primer o de segundo grado. Para algunas personas, por ejemplo, la norma 'no matarás' contenida en el quinto mandamiento es una razón exclusionaria para no matar, puesto que ninguna razón de primer grado (v. gr., la posibilidad de recibir una herencia asesinando al abuelo, o los celos por una infidelidad) será suficiente para matar. Las normas **internalizadas** por los agentes son, para éstos, razones exclusionarias de segundo grado. **Cuando, en la terminología de Hart, una persona tiene una obligación la norma que lo obliga opera como una razón de segundo grado. Cuando es obligado, la norma es una razón de primer grado.**

Así, las normas también pueden influir en la acción de los sujetos como razones de primer grado. Así, por ejemplo, para un empresario inescrupuloso, la norma que le obliga a pagar impuestos no excluye a otras buenas razones para no pagarlos. Simplemente

183 Idem, p. 241ss.

184 A partir de este ejemplo Raz formula "un principio general de razonamiento práctico que determina que las razones exclusionarias siempre prevalecen, al entrar en conflicto con razones de primer orden" (Idem, p. 247).

hace más costosa (por la posibilidad de presidio o de multas) la decisión de evadir. Por consiguiente, evadirá siempre que el beneficio obtenido, multiplicado por la posibilidad de la impunidad, sea mayor que el castigo establecido por la norma, multiplicado por la posibilidad de su aplicación¹⁸⁵. Lo que hace que una misma norma funcione en el razonamiento de una persona como razón de primer grado, y como razón de segundo grado en el razonamiento de otra, es el grado de adhesión interna a ella: cuando la norma no está internalizada, sino sólo institucionalizada¹⁸⁶, ella funciona como razón de primer grado, y en estos casos la sanción por el incumplimiento y la posibilidad de aplicación de ella son determinantes. Por el contrario, cuando ella está internalizada, y con independencia de que esté o no institucionalizada, constituye una razón de segundo grado¹⁸⁷.

185 Nótese que la norma entra en el equilibrio de las razones al mismo nivel que, por ejemplo, los deseos del empresario de tener una mayor renta. Si la norma tributaria fuera una razón exclusionaria para nuestro hombre, su existencia haría que él no considera la existencia de razones como la última indicada (de primer grado). Para entender la diferencia entre razones de primer y de segundo grado, es conveniente recordar la distinción de Hart entre estar obligado y tener una obligación (Cfr. supra, p. 197s): Un individuo está obligado a hacer algo cuando el incumplimiento lleva aparejada una sanción (en el ejemplo de Hart, el cajero del banco está obligado a entregar los billetes al asaltante). En este caso la norma que imputa la sanción a la comisión del hecho ilícito es, para el actor, una **razón de primer grado para la acción** (Cfr., sobre este punto, supra, p. 114ss.); Por otro lado, un individuo tiene la obligación de cumplir una norma cuando considera que el incumplimiento es algo malo. En este caso la norma no afecta el cálculo económico del sujeto, sino impide que realice dicho cálculo: es una razón 'exclusionaria'.

186 La fuente de la sanción por el incumplimiento de una norma puede ser el mismo individuo incumplidor, u otro distinto. En el primer caso (ej. un pecado para un religioso) podrá no haber sanción externa, pero el individuo igualmente sufrirá un mal (remordimiento, v. gr.). En el segundo caso, la norma puede ser absolutamente indiferente para el sujeto, pero el castigo le va a ser aplicado con independencia de ello. Los sociólogos dicen que las primeras están **internalizadas**, y de las segundas **institucionalizadas**.

187 Esto no es lo mismo que decir que el agente actuará en conformidad con la norma. Según Raz, una razón de segundo grado siempre superará a una de primera (esto, es, en nuestro ejemplo, el agente no matará por obtener la herencia), pero eso no obsta a que pueda entrar en conflicto con otra razón de segundo grado (y, eventualmente, ser superada).

B. El criterio de existencia.

El problema de la existencia es el de determinar si un conjunto de enunciados normativos¹⁸⁸ (que si son verdaderos son una descripción completa de un sistema jurídico) es verdadero.

Raz critica a los que, como Kelsen, basan el criterio de existencia en la eficacia general del sistema: sostiene que el problema de la medición es grave: ¿cuántas personas deben dejar de cumplir una norma para que ésta sea ineficaz?¹⁸⁹; en definitiva, ¿cómo deben contarse los casos de desobediencia?. Raz reconoce que cuando Bentham, Austin y Kelsen utilizaron la eficacia general como criterio de existencia del sistema tenían algo de razón, pero ese algo debe ser "refinado y mejorado".

Respecto a este problema de la eficacia general, Raz mantiene algunas prevenciones. Para poder utilizarlo fructíferamente, se debe: i, evitar simplificar en exceso la contabilidad; ii, atribuir diferente peso a diferentes ilícitos; iii, tomar en cuenta circunstancias e

188 La noción de enunciado normativo es utilizada por Raz a través de toda su teoría. Él sostiene (siguiendo a Kelsen) que "un enunciado es un enunciado normativo (jurídico) si y sólo si la existencia de una norma (jurídica) es condición necesaria para su verdad" ("El Concepto de Sistema...", op. cit. en nota 2, p. 71. El subrayado es nuestro). Los enunciados normativos pueden ser puros o aplicativos (o mixtos, pero no nos ocuparemos de ellos por la naturaleza de este trabajo). "Un enunciado normativo es puro si la existencia de ciertas normas es suficiente para hacerlo verdadero; es un enunciado aplicativo si hay un hecho y una norma los cuales, conjuntamente, son suficientes para hacerlo verdadero y ninguno de ellos separadamente, es suficiente para hacerlo verdadero (sic)" Un enunciado del tipo 'los habitantes de Santiago deben hacer A' es puro si existe una disposición que establezca que los habitantes de Santiago deben hacerlo, y es aplicativo si la disposición en cuestión dice que deben hacer A los habitantes de todas las ciudades chilenas con más de 100.000 habitantes.

189 Hart, por su parte, sostiene que estos problemas "no deben preocuparnos más que la cuestión de saber cuántos cabellos hay que tener para no ser calvo" ("El Concepto de...", op. cit. en nota 116, p. 70).

intenciones jurídicamente relevantes; iv, tomar en cuenta el conocimiento del derecho¹⁹⁰ y su influencia en el comportamiento de los individuos; v, tomar en cuenta el uso de facultades como el cumplimiento de deberes; y vi, atribuir mayor importancia al cumplimiento de disposiciones constitucionales.

Con estas prevenciones, el criterio de existencia plantea dos preguntas distintas para Raz:

- 1, ¿Existe algún sistema jurídico en una sociedad?
- 2, En caso afirmativo, ¿por cual sistema jurídico está regida tal sociedad?

Para enfrentar el primer problema, Raz propone una 'prueba preliminar' que no acredita más que la **eficacia general** del sistema, y que se parece mucho al criterio de existencia de Bentham y Austin. Ella considera la efectividad de las normas de derecho público y privado, de las que imponen deberes y otorgan facultades, etc. El hecho de que un sistema pase esta prueba no quiere decir que sea realmente existente. Puede suceder que pasen esta prueba dos o más sistemas, caso en el cual deberá responderse la segunda pregunta aplicando la 'prueba de exclusión'¹⁹¹.

La prueba de exclusión es comparativa. Esto significa que "de los dos sistemas jurídicos que compiten, aquel que sale mejor parado

190 Raz critica a los exponentes del principio de eficacia el que haya dejado pasar el problema de "si la mera conformidad con una disposición jurídica debe ser equiparada a la que implica, al menos, algún conocimiento del derecho (...)" ("El Concepto de Sistema...", op. cit. en nota 2, p. 244).

191 Raz no ve razón por la cual no puedan coexistir dos sistemas jurídicos diferentes, si se dan dos condiciones: i, que se refieran a diversas formas de organización social (v.gr., el sistema de una tribu, de una religión, etc.); ii, que el grado en que entren en conflicto sea bajo (sería altamente conflictivo, v.gr., con un sistema jurídico estatal uno religioso que prohibiera el reconocimiento de autoridades laicas).

es el que existe"¹⁹². En los casos límite, nada se opone a que los dos estén en igual situación y en este caso la prueba resulte abierta.

La prueba de exclusión contiene dos elementos: el primero es la actitud de la personas hacia el Estado, el régimen, etc. Aquí debe prestarse especial importancia a la **intención** de las personas al violar o acatar ciertas disposiciones. El segundo es la eficacia de las disposiciones constitucionales relevantes¹⁹³.

La existencia de un sistema jurídico implica, necesariamente, la existencia de éste en un momento del tiempo. Esto es llamado por Raz un 'sistema jurídico momentáneo' y su existencia, como está dicho, se deriva de la del sistema al que pertenecen. En efecto, "un sistema jurídico existe en un momento dado si este momento es parte de un período en el cual éste existe"¹⁹⁴.

192 Raz, J.: "El Concepto de sistema...", op. cit. en nota 2, p. 248.

193 Cfr. Tamayo, R.: "La Teoría...", op. cit. en nota 178, p. 1181-1182.

En la segunda edición de "El Concepto de Sistema Jurídico" (1980), Raz agrega al texto original (el que deja intacto) un 'Postscriptum', denominado "Fuentes, Normatividad e Individuación" (Raz, J.: "El Concepto...", op. cit. en nota 2, pp. 251-281). En éste hace algunas precisiones a su teoría legal, y en algunos casos se retracta de ciertas tesis. En la exposición principal de la teoría de Raz, sin embargo, nos referiremos a los conceptos que él sostiene en el libro, anotando al pie (cuando corresponda) las correcciones hechas en dicho postscriptum.

Uno de las precisiones de Raz se refiere al problema de la existencia. En el postscriptum enfatiza que la existencia de un sistema no puede afirmarse "sólo sobre la base de explicaciones específicamente jurídicas" (Idem, p. 253): para determinar la existencia de un sistema jurídico es necesario "recurrir (...) al carácter del sistema político del cual éste es parte". La principal ventaja de esto es "subrayar el hecho de que el derecho es un elemento en la organización política de la sociedad. (...) [E]n última instancia, sus límites dependen de la naturaleza y límites de un sistema político más amplio del cual es parte" (Id., p. 254).

194 Raz, J.: "El Concepto de Sistema...", op. cit. en nota 2, p. 248. Un sistema jurídico momentáneo es una subclase de un sistema jurídico porque "contiene todas las disposiciones jurídicas válidas en un cierto momento" (Idem, p. 55). Ver infra, nota 210.

Determinada la existencia de un sistema jurídico, es necesario determinar cuáles son las disposiciones jurídicas que forman parte de él¹⁹⁵.

C. El criterio de identidad.

La determinación del criterio de identidad incluye, para Raz, la solución de tres problemas vinculados a él: i. el problema de la existencia de una norma y su eficacia; ii. la distinción entre la creación de una nueva norma jurídica y la aplicación de una existente; y iii. la relación entre derecho y Estado¹⁹⁶.

i. Relación entre existencia y eficacia de una norma.

Esta es una de las cuestiones fundamentales de la ciencia del derecho. Este problema atañe a las condiciones de existencia de las normas, pero como las normas existen sólo en sistemas jurídicos,

195 En algunos casos "disposición jurídica" y "norma jurídica" son utilizados como sinónimos. En otros debe hacerse la distinción. Bentham, Austin, Kelsen y Hart sostienen que el sistema jurídico es formado exclusivamente por normas. En relación con estos autores, entonces, toda disposición jurídica es necesariamente una norma, por lo que ambos términos son sinónimos. Dworkin y Raz, por el contrario, sostienen que en un sistema jurídico existen disposiciones que no son normas. En relación a éstos, en consecuencia, los términos no son equivalentes y debe hacerse la distinción. En el idioma inglés existe una sola palabra para designar ambas ideas, 'a law'. El traductor de Raz traduce 'a law' como 'disposición jurídica' siempre, independientemente del autor al que se refiera. Esto puede ser confuso (Cfr. nota 50)

196 En el postscriptum a la segunda edición de su libro, Raz agrega una nueva condición como integrante del criterio de identidad. Esta condición es llamada por él la **Tesis de las Fuentes**. Según la Tesis de las Fuentes, "las razones jurídicas (en el postscriptum Raz ha definido el sistema jurídico como un "sistema de razones para la acción") son tales que su existencia y contenido pueden ser establecidos únicamente sobre la base de hechos sociales, sin recurrir a argumentos morales" (Raz, J.: "El Concepto de Sistema...", op. cit. en nota 2, p. 255). La exigencia de esta nueva condición de identidad se justifica porque "los tribunales también actúan y están facultados para actuar en virtud de consideraciones

"preguntar si una norma existe equivale a preguntar si esta norma es parte del respectivo sistema jurídico. La cuestión, pues, se refiere al problema de la identidad"¹⁹⁷.

La solución que da Raz a este problema pone énfasis en las **instituciones que aplican el derecho** y en el reconocimiento que hacen los órganos aplicadores; reconocimiento que se convierte en condición necesaria de la existencia de las normas. De este modo se hace de la naturaleza institucionalizada de las normas jurídicas una parte indispensable de los criterios de identidad. Una norma es parte del sistema si y sólo si es reconocida por las instituciones jurídicas. En la concepción de Raz, por tanto, el énfasis es puesto, más que en las instituciones creadoras del derecho, en las instituciones que lo aplican¹⁹⁸.

extrajurídicas" (Id., p. 25, cfr. nota 209). De la totalidad de las consideraciones reconocidas por los tribunales, "únicamente aquéllas que se conforman (a la Tesis de las Fuentes) son consideraciones jurídicas" (Ibídem).

Esto puede plantear un problema: en muchos casos, el sistema jurídico dispone que los tribunales sólo podrán reconocer la validez de una cierta razón (norma) si ella no es inmoral. En Chile, por ejemplo, se considera viciado de nulidad absoluta un contrato que adolece de causa ilícita (Cfr. arts. 1445 y 1682 Cód. Civ.). Ahora bien, por texto legal expreso "la promesa de dar algo en recompensa (...) de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita" (art. 1467 C.C. El subrayado es nuestro). En este caso, para determinar la validez de las normas emanadas de este contrato es necesario recurrir a argumentos morales, por lo que este contrato no supera la Tesis de las Fuentes, y por consiguiente no satisface el criterio de identidad. Sólo cuando el tribunal ha declarado su validez el contrato puede afirmar su existencia y contenido sólo en consideraciones jurídicas (el C.C., la sentencia, etc). "La Tesis de las Fuentes, por tanto, dicta que antes de tal decisión del tribunal de ningún contrato puede decirse que es válido de manera concluyente. Por supuesto, estos contratos son jurídicamente válidos Prima Facie, siempre que se conformen a otros criterios de validez requeridos por el derecho" (Id., p. 258).

197 Raz, Joseph, "La identidad de los sistemas jurídicos", (Traducción de R. Tamayo S.) en Boletín mexicano de derecho comparado, México D.F., No. 19, 1974, pp. 139-163. Cit. p. 146-147.

198 Cfr. Idem, p. 148.

Tres razones justifican, según Raz, esta solución:

- 1, las instituciones **jurídico-creadoras**, que hoy tienen una considerable influencia en los sistemas jurídicos modernos, donde el derecho es concebido como el resultado de decisiones deliberadas, no tienen esa misma influencia en los sistemas primitivos, donde las normas son consideradas inmutables, y, de hecho, sólo son modificadas por la costumbre. Las instituciones **jurídico-aplicadoras**, en cambio, son "una constante en todo tipo de sociedad y su existencia debe ser considerada característica definitoria del derecho"¹⁹⁹;
- 2, como la mayoría de los sistemas jurídicos presentan un conjunto diverso de fuentes del derecho, "el único medio para determinar cuáles son las instituciones jurídico-creadoras y los procedimientos de un sistema jurídico dado, es determinando qué fuentes del derecho son reconocidas por los tribunales"²⁰⁰; y finalmente
- 3, porque es característico de los sistemas jurídicos, según Raz, el ser sistemas normativos institucionales. A este respecto dice:

[...] resulta razonable considerar al derecho que consiste en estas normas, reglas y principios que se presentan a los individuos e instituciones como guía de su actividad, como el conjunto de instituciones jurídicas en su totalidad. Cuando la acción de los órganos jurídico-creadores y la de los órganos jurídico-aplicadores entra en conflicto, la acción de estos últimos es la que cuenta en los súbditos: el derecho guía el comportamiento estableciendo consecuencias que, en última

199 Id., p. 149.

200 Ibídem.

instancia, serán ejecutadas por los órganos jurídico-aplicadores²⁰¹.

El reconocimiento de los órganos jurídico-aplicadores, sin embargo, no es un criterio de identidad suficiente, pues los tribunales no sólo aplican normas existentes en sus decisiones, sino también crean normas nuevas. Por tanto, es parte del criterio de identidad distinguir estas dos situaciones.

ii. Distinción entre crear una nueva norma y aplicar una existente.

Para que una norma satisfaga el primer requisito de identidad establecido por Raz en el párrafo anterior, no es necesario que los tribunales efectivamente se pronuncien sobre ella; esta exigencia negaría la membresía a normas plenamente eficaces (que, en consecuencia, no requirieran ser aplicadas por dichos órganos). El requisito se satisface si dicha norma "habría sido aplicada por los tribunales que hubieran sido instados con el caso apropiado"²⁰². En efecto, si todos los súbditos de un sistema cumplen una norma sin violarla jamás, nunca los órganos aplicadores podrían pronunciarse respecto de ella. ¿Significa esto que dicha norma no es parte del sistema jurídico en cuestión?. Parece evidente que no, y por eso es necesario completar la argumentación de Raz, que dice a este respecto:

Como primer paso para completar el criterio se tiene que incorporar la referencia al hecho de que la norma no puede sólo ser reconocida por los tribunales sino que podría ser reconocida como una norma previamente existente²⁰³.

201 *Ibid.*

202 *Idem*, p. 151.

203 *Ibidem*.

En la mayor parte de los sistemas jurídicos los jueces tienen la facultad de decidir algunos conflictos para los cuales no hay una norma claramente aplicable. El deber de los tribunales es "aplicar las normas del sistema cuando éstas son regulares y obrar discrecionalmente para resolver (parcialmente) los conflictos que no se encuentran regulados²⁰⁴ -conflictos para los cuales las normas no prevén una clara solución o donde los tribunales tienen el poder de cambiar el derecho"²⁰⁵.

Esta facultad de los tribunales puede ser discrecional o reglada. Una norma puede establecer cómo han de ejercer los jueces tal poder. Sin embargo, cuando esas normas no existen, por lo general la práctica constante de los tribunales establece ciertas normas que, pese a no ser formalmente obligatorias, en definitiva restringen la discrecionalidad judicial. Cuando esto último sucede, los sistemas jurídicos contemplan dos tipos de normas últimas: "aquellas que señalan a los tribunales qué normas aplicar y aquellas que regulan la facultad discrecional del tribunal en la resolución (parcial) de conflictos no previstos. Las normas del primer tipo son normas de reconocimiento (en el sentido dado por Hart a esta expresión); las normas del segundo tipo son normas de **discrecionalidad últimas**, y ambas imponen deberes a los tribunales"²⁰⁶.

Raz ataca a Hart en este punto, negando la unidad de la norma de reconocimiento: Hart sostenía la unidad del sistema sobre la afirmación de que la norma de reconocimiento era necesariamente una y sólo una; Raz sostiene que conforme a lo dicho en el párrafo anterior, las normas de reconocimiento están "desprovistas de su

204 Sobre la posibilidad de lagunas en el sistema, ver *supra*, p. 182ss.

205 *Idem*, p. 157.

206 *Ibidem*. El sistema chileno es reglado, lo que puede comprobarse al cfr. los arts. 19 a 24 del Cód. Civ. y el art 170 del Cód. de Proced. Civ. Como estas reglas imponen deberes a los tribunales queda pendiente la conclusión: la(s) norma(s) de reconocimientos es (son) norma(s) primaria(s), no secundaria(s).

unidad. Ellas son las únicas que existen necesariamente en todo sistema jurídico; pero ellas no son las únicas normas últimas que pueden existir en un sistema²⁰⁷. Al respecto dice Raz

Todos los sistemas jurídicos descansan en sus normas últimas, las cuales, comúnmente, se entienden como un conjunto de normas últimas [sic] de reconocimiento y discrecionalidad. Las primeras prevén los criterios últimos de validez de un sistema, éstas guían a los tribunales en el ejercicio del poder de modificación del sistema cuando resuelven casos no previstos creando precedentes para el futuro. La diferencia (entre aplicación de normas existentes y creación de una nueva) podrá ser de grado, pero es indispensable para la formulación de los criterios de identidad²⁰⁸.

La regla de reconocimiento de Hart, doctrina que Raz considera sustancialmente correcta, no satisface, según éste, el criterio de existencia. Ello porque no es respuesta suficiente para dos problemas: el de la extensión del sistema (hay veces en que los tribunales deben aplicar normas de otros sistemas, v.gr., que no necesariamente cumplen todos los requisitos de la regla magistral. Hay casos, también, en que la disposición aplicada no es jurídica, sino pertenece a otro subsistema normativo de la misma sociedad²⁰⁹), y el de su

207 *Ibíd.*

208 *Idem*, p. 158.

209 Raz sostiene, contra Bentham, Austin, Kelsen y Hart, que no se transforma en parte integrante del sistema jurídico una disposición de otro sistema normativo por el solo hecho de que sea utilizada por los órganos jurídico-aplicadores del derecho. Según él, una de las funciones sociales de derecho es precisamente mantener otras formas de agrupación social, lo que hace reconociendo la existencia normativa de sus reglas. "Oscurecer la distinción entre normas reconocidas como parte del derecho y normas que, aunque no siendo parte del derecho, son reconocidas y aplicadas en virtud de que es función del Estado mantener varias agrupaciones sociales, es no entender debidamente la naturaleza del Estado y sus relaciones con otros sistemas sociales" ("La identidad...", op. cit. en nota 197, p. 2).

continuidad (la relación entre los 'sistemas jurídicos momentáneos'²¹⁰: el cambio de un sistema jurídico por otro es un cambio de regla de reconocimiento, dice Raz. Sin embargo, siendo ésta una norma consuetudinaria, ¿cuándo ha de entenderse modificada? ¿qué cambios son compatibles con ella y qué cambios no?). La respuesta a estas preguntas se encuentra en algo de lo que Hart, reprocha Raz, nunca se preocupó: una teoría del Estado.

iii. Relación entre Derecho y Estado.

La identidad de las disposiciones jurídicas descansa, según Raz, en una relación de continuidad existente entre el sistema jurídico y el sistema político, del cual aquél es parte. Respecto de este problema de la continuidad, Raz sostiene que como "la continuidad del sistema jurídico se encuentra vinculada a la continuidad del sistema político²¹², entonces aquél es afectado por la suerte de las normas no jurídicas que se encuentran formando parte del sistema político". Para Raz, cualquier posición que se tome sobre la continuidad debe estar basada en los dos puntos siguientes: "primero, la continuidad depende de la interacción de las normas jurídicas y no jurídicas; segundo, que de entre las normas jurídicas existen algunas que son más relevantes que otras. De modo que si la continuidad de los sistemas jurídicos es fundamentalmente una función de la continuidad de los sistemas políticos, las normas políticas (v.gr., las

210 Raz ("El Concepto de Sistema...", op. cit. en nota 2, p. 55), llama 'sistema jurídico momentáneo' al conjunto de disposiciones jurídicas de un sistema válido (dicho conjunto) en un cierto momento. El problema de la continuidad es la determinación de los criterios que permiten afirmar que dos sistemas jurídicos momentáneos pertenecen al mismo sistema jurídico. En su postscriptum afirma que un sistema jurídico momentáneo "consiste únicamente de las reglas que un cierto sistema de tribunales está dispuesto a aplicar, de conformidad (sic) con sus propias costumbres y prácticas" (*Idem*, p. 253).

211 Raz, Joseph: "La identidad de...", op. cit. en nota 197, p. 161.

constitucionales) son más relevantes que otras (v.gr., las normas sobre sucesiones)"²¹².

El segundo problema que tiene que ver con la relación entre Estado y derecho y, en consecuencia, con el criterio de identidad, es el de la **extensión**. Él puede dividirse en cuatro subproblemas:

1. El de la línea que divide a las normas políticas que son jurídicas y a las que no lo son;
2. El de la línea que divide a las normas jurídicas de las normas sociales del sistema social (sic) del cual el político no es sino un subsistema;
3. El de la línea que divide al sistema jurídico de los demás subsistemas sociales; y
4. El de la línea que divide al sistema jurídico de las normas coexistentes de otros sistemas jurídicos.

El primero de los subproblemas, sostiene Raz, puede ser resuelto insistiendo en que las normas de un sistema son las normas últimas de sus tribunales o las normas que sus tribunales deben reconocer y aplicar. Respecto de los demás subproblemas el asunto es más complejo, pero en definitiva Raz aplica el mismo criterio que Hart: ninguna distinción formal puede trazar una eficaz línea divisoria. Ella sólo puede establecerse en función de "las razones para ejecutar las normas y la actitud de los órganos legislativos y de los tribunales en su aplicación (...). El problema (de la identidad) se vuelve, finalmente, una acumulación de evidencia que justifica la decisión sobre si una norma es aplicada (...porque) es parte de la función del derecho mantener otros sistemas sociales o porque, simplemente, es parte del propio derecho"²¹³. Esto nos lleva direc-

212 *Ibidem*.

213 *Ibidem*. Respecto de la posición de Hart que Raz sostiene, ver *supra*, p. 202s.

tamente al problema de la estructura, que será tratado en el párrafo siguiente.

D. El problema de la estructura.

Como está dicho, el problema de la estructura se refiere a determinar si hay "patrones de relaciones entre las disposiciones que pertenecen al mismo sistema, las cuales aparezcan en todo sistema jurídico"²¹⁴. Raz responde afirmativamente a esta pregunta. Él sostiene que en todo sistema jurídico con un "mínimo de complejidad"²¹⁵ deben existir relaciones internas (esto es, entre dos normas del mismo sistema) punitivas, genéticas, y de regulación.

i. Las relaciones punitivas como consecuencia de las disposiciones que imponen deberes y de las disposiciones que imponen sanciones

Las **relaciones punitivas** existen entre disposiciones que imponen deberes (disposiciones-D) y disposiciones que establecen sanciones (disposiciones-S). Para el entendimiento de las disposiciones-D Raz utiliza tres características que según Hart poseen las reglas²¹⁶:

1. Siempre que hay un acto impuesto como deber, hay una razón estándar²¹⁷ para realizar el acto. Esa razón estándar está cons-

214 Raz, Joseph: "El Concepto de Sistema...", op. cit. en nota 2, p. 18.

215 Este es un requisito de contenido que Raz exige a todo sistema normativo para ser un sistema jurídico. Cfr. Raz, "El Concepto de Sistema...", op. cit. en nota 2, p. 174. Cfr. también *infra*, p. 248.

216 *Idem*, p. 183.

217 "Por una razón estándar para hacer un acto en ciertas circunstancias quiero significar una razón para hacer dicho acto la cual está presente siempre que las circunstancias existan" (Raz, J.: "El Concepto de Sistema...", op. cit. en nota 2, p. 156 n.)

tituida por la probabilidad de encontrar reacciones críticas. La existencia de esta razón estándar (i.e., la existencia de probabilidades de encontrar reacciones críticas) hace más elegible la realización del acto impuesto como deber que la no realización.

2. El factor que constituye la razón estándar depende de la conducta humana, y es causado o motivado por la no realización del acto.
3. La existencia de una disposición-D depende de patrones de comportamiento de una amplia proporción de los miembros del grupo, consistentes en reacciones críticas consideradas legítimas por los espectadores.

El que exista una razón estándar para realizar una determinada conducta no implica necesariamente la existencia de una norma. Por ejemplo, dice Raz, el hecho de sentir dolor es una razón estándar para quitarlo del fuego. Sin embargo, no se cumple la segunda característica destacada por Hart, por lo que no hay norma. Raz sostiene que sólo cuando la segunda condición es cumplida puede hablarse de 'norma'. Raz parte del supuesto de que en el derecho

la existencia del tercer rasgo puede darse por aceptada. La existencia de toda disposición jurídica depende del sistema jurídico al cual pertenece y el sistema jurídico depende de patrones de conducta persistentes y penetrantes de parte de una amplia proporción de la población a la cual éstos se aplican²¹⁸.

218 *Ibidem*.

Según Raz las sanciones de los modernos sistemas jurídicos se diferencian de las reacciones críticas en, al menos, cuatro sentidos:

- 1, por su **extensión** (las sanciones sólo se refieren a la privación de ciertos derechos o imposición de deberes. Las reacciones críticas incluyen éstas y otras manifestaciones);
- 2, por su **coercibilidad** (las sanciones jurídicas se caracterizan porque se aplican con prescindencia de la voluntad del sujeto pasivo, por la fuerza si es necesario);
- 3, por su **precisión** (es característico de las sanciones jurídicas un alto grado de precisión en relación con el sujeto pasivo, la naturaleza de la sanción, etc. Las reacciones críticas, por el contrario, sólo están vagamente determinadas); y
- 4, por su **institucionalización** (la aplicación de sanciones está organizada, siendo generalmente realizada por funcionarios cuyo oficio es aplicarlas).

Para Raz la existencia de una disposición-D, cuyos destinatarios no son los órganos jurídico-aplicadores, depende de la disposición-S, es decir, de una disposición que convierta a la disposición-D en cuestión en una razón estándar para obedecer, ligando a la no realización del acto mandado por ella una sanción²¹⁹. A partir de lo

219 La frase "cuyos destinatarios no sean los órganos jurídico aplicadores" se explica porque para Raz, como está dicho, pueden existir deberes sin sanción. Los órganos jurídico-aplicadores o jurídico-creadores superiores sólo pueden tener este tipo de deberes. En efecto, a éstos no se les puede sancionar, por razones prácticas. A pesar de esto ellos tienen, en la mayoría de los sistemas jurídicos, deberes (de no usar intentar usar facultades que no poseen y de ejercer su poder conforme a ciertos principios generales). La violación de estos deberes es lo que justifica reacciones críticas como la anulación de una norma o la indemnización de las personas. Raz percibe que podría objetarse a lo anterior que eso afecta a los particulares por igual. En efecto, cuando los particulares intentan ejercer poderes que no tienen o los ejercen sin respetar ciertos principios generales (v.gr., la buena fe), las consecuencias son las mismas que cuando lo hace la Corte o el Parlamento:

anterior, Raz sostiene cuatro tesis respecto a la estructura de todo sistema jurídico moderno:

- En todo sistema hay disposiciones-D (i.e., disposiciones que imponen deberes);
- En todo sistema hay disposiciones-S (i.e., disposiciones que disponen sanciones);
- Las relaciones punitivas son relaciones internas (i.e., relaciones entre dos disposiciones de un mismo sistema jurídico), y
- En todo sistema jurídico existen relaciones punitivas (i.e., relaciones entre una disposición-D y una disposición-S que impone una sanción por el incumplimiento del deber prescrito por la primera).

El análisis de Raz para demostrar la existencia de relaciones punitivas muestra lo sugestivo del estudio de Raz sobre éstas. Sin embargo, además de relaciones punitivas existen relaciones de otros tipos: genéticas y regulativas.

la anulabilidad de los actos y la indemnización de los perjuicios. Entre ambas consecuencias, según Raz, hay sin embargo, una importante diferencia: las características de las reacciones críticas. "Cuando tales reacciones críticas pueden ser distinguidas de la crítica por ineficacia, por error de juicio, por políticas erróneas, cuando los actos (sic) son condenados como siendo 'contrarios a las reglas', como reprochables, independientemente de su éxito o utilidad, entonces las reacciones críticas y la existencia de un remedio jurídico me parece que indican la existencia de una disposición que impone deberes, aunque no se encuentre respaldada por ninguna disposición que imponga una sanción" (Raz, J.: "El Concepto de Sistema...", op. cit en nota 2, p. 187).

Raz restringe lo anterior, como está dicho, a los órganos jurídico-aplicadores y creadores más altos. Para los demás órganos, y para los particulares, en consecuencia, no podrán existir deberes jurídicos sin sanciones. Ello, porque sólo a los poderes supremos de un Estado es prácticamente difícil sancionarlos (salvo por ilícitos muy graves). Para aquéllos, entonces, rige la regla de que no puede haber una disposición-D que no guarde una relación interna con una disposición-S. Dicha relación es una 'relación punitiva'.

ii. Las relaciones genéticas y regulativas.

Raz, además de disposiciones-D y disposiciones-S, distingue entre disposiciones que **conceden facultades** y disposiciones que **regulan el ejercicio de facultades**. A las primeras las llama disposiciones-F, y para demostrar que son normas introduce el concepto de disposiciones-O. Las disposiciones-O guían el comportamiento, pero no necesariamente lo guían de una manera definida. Ellas son, en algunos casos, una razón para la realización del acto normativo y, en otros, una razón para no realizarlo (la disposición-O que establece que, realizada la tradición, v.gr., se transfiere el dominio, es en algunos casos razón para efectuarla y, en otros, razón para no hacerla). En definitiva, una disposición-O es una **norma**.

Las disposiciones-O sólo pueden existir, según Raz, si la ocurrencia del acto normativo provoca la participación activa o la aquiescencia de una amplia proporción de los miembros de una población. Dicha uniformidad de reacción es, por lo general, prescrita por otra norma. Así, dada una disposición-D (v.gr., Juan debe pagar X impuestos), debe haber una disposición que aparezca como confiriendo poder o facultad para regular la aplicación de esos deberes (v.gr., en Chile, al S.I.I. para cobrarlos), en un determinado acto-situación (en una fecha determinada y de un modo determinado por ella). Raz denomina a estas normas, necesarias para que exista la uniformidad de reacción que requieren las disposiciones-O, disposiciones-FR, y a su respecto dice:

Las disposiciones FR se mantienen en una relación regulativa con las disposiciones-D cuya aplicación regulan. Al igual que las otras normas-O no prescriptivas, guían el comportamiento sin hacer que un curso de comportamiento (sic) sea más elegible que su omisión cuando ciertas circunstancias son el caso, sino estipulando ciertas consecuencias de ciertos

actos, las cuales, algunas veces, hacen sea ventajosa la realización de esos actos y, en otras ocasiones, ventajoso no realizarlos.²²⁰

Otro tipo de disposiciones-O son las que confieren poderes o facultades legislativos, que Raz denomina disposiciones-FL. "Se caracterizan por el hecho de que la reacción hacia la realización del acto normativo está prescrito por otras normas, pero éstas no existen cuando la disposición-FL es creada; son creadas por los mismos actos normativos de la disposición-FL". Así, por ejemplo, "los deberes impuestos a una persona cuando celebra un contrato son prescritos únicamente por el propio contrato, por una norma creada por ese acto, no por una norma preexistente".²²¹

Según Raz, entre la norma-FL y la norma creada mediante el ejercicio de la facultad legislativa que ella confiere, existe un relación genética, puesto que la segunda sólo puede ser creada utilizando las facultades por la primera. Raz, en definitiva, sostiene cuatro nuevas tesis:

- En todo sistema jurídico hay disposiciones-FL (i.e., disposiciones que confieren facultades legislativas);
- En todo sistema jurídico hay disposiciones-FR (i.e., disposiciones que confieren facultades regulativas, es decir, facultades necesarias par el cumplimiento de disposiciones-D. En nuestro ejemplo, facultades que autoricen al S.I.I.);
- En todo sistema jurídico hay relaciones internas genéticas (i.e., relaciones entre dos normas del mismo sistema, tales que una ha sido creada mediante el ejercicio de facultades conferidas por la otra); y

220 Idem, p. 196-197.

221 Id., p. 198.

- En todo sistema jurídico hay relaciones internas regulativas²²² (i.e., relaciones entre dos normas del mismo sistema, tales que una norma confiere facultades necesarias para poder cumplir los deberes impuestos por la otra).

E. El contenido.

Raz no hace un tratamiento específico del problema del contenido de los sistemas jurídicos. No menciona, como Austin o Hart, un 'contenido mínimo' determinado. El contenido mínimo que Raz predica del sistema está representado por un grado (indeterminadamente) suficiente de complejidad: "Todo sistema jurídico tiene que regular la existencia y funcionamiento de algunos tribunales y (...) todo sistema jurídico necesariamente estipula sanciones.(...). El contenido mínimo y la complejidad mínima de todo sistema jurídico (...) determinan las relaciones internas necesarias que existen en todo sistema jurídico, esto es, la estructura interna la cual es necesariamente común a todos los sistemas jurídicos"²²³. Lo que Raz dice respecto de la estructura tiene importantes implicaciones respecto del contenido²²⁴.

222 Ibídem.

223 Idem, p. 174.

224 El propio Raz reconoce que "la cuestión de si existe algún contenido necesario al derecho no ha sido discutida en absoluto (en el libro "El Concepto de Sistema Legal") ("El Concepto de Sistema...", op. cit. en nota 2, p. 252. Sobre el problema del contenido, cfr. Raz, Joseph: "Practical Reason and Norms", Londres, Hutchinson, 1975, pp. 149-154).