

HART Y RAZ: EL DERECHO COMO FENÓMENO INSTITUCIONAL

Martín Díaz y Díaz

SUMARIO: *Introducción. I. La dimensión social del derecho. 1. El "sociologismo hartiano". 1.1. Entre dos miradores. 1.2. La aceptación de las reglas. 1.3. Los tipos hartianos. 2. Joseph Raz: señales contradictorias. 2.1. El recurso de la lógica. 2.2. El "positivismo moderado". 2.3. El significado sistemático del derecho 2.4. El Derecho es una variable dependiente. 2.5. Las normas son razones para actuar. 3. Algunos rasgos para el cotejo. II. Las pretensiones sistemáticas del Derecho. 1. Los avances hartianos. 1.1. La secuencia elemental de la propuesta. 1.2. Una breve acotación sobre las normas como razones para la acción. 1.3. El acoplamiento sistemático de las reglas. 1.4. Las vicisitudes de la Regla de Reconocimiento. 2. La construcción ecléctica de Joseph Raz. 2.1. El sistema jurídico en el macrosistema social. 2.2. La articulación de los sistemas jurídicos. 2.3. Las funciones del sistema. 2.4. Rectificaciones a la tesis de la regla de reconocimiento. III. La vertiente jurídica institucional. 1. H.L.A. HART y la búsqueda de la unidad oficial del sistema. 1.1. El derecho es un sistema con zonas de penumbra. 1.2. El perfil difuso de la autoridad. 1.3. La organización oficial del sistema. 1.4. El derecho como sistema institucional de la moral. 2. Joseph Raz: el énfasis en la textura institucional. 2.1. La autoridad del derecho. 2.2. Las dudas que envuelven la noción de autoridad. 2.3. El derecho como marco general de organización. 2.4. La especificación institucional del material jurídico. 3. Algunas consideraciones adicionales sobre la institucionalidad del derecho.*

I. INTRODUCCIÓN

Las obras de Hart y Raz constituyen dos pilares insoslayables en el esfuerzo de la teoría contemporánea del derecho por lograr una visión equilibrada de los fenómenos jurídicos. Ambos autores privilegian un enfoque que relaciona de manera adecuada los aspectos normativos del derecho con la génesis y los efectos sociales del ordenamiento. Tanto Hart como Raz trabajan desde la realidad jurídica anglosajona; ello les ha permitido, sin duda, desembarazarse de las excesivas cargas dogmáticas que gravan la teoría jurídica de la Europa continental.

del derecho dentro de la dimensión general de los procesos de construcción de orden en las sociedades. Esta búsqueda principal, relativiza los excesos de los enfoques normativistas, y de plano desplaza las aproximaciones de tipo dogmático. La visión hartino-raziana del derecho, si vale la integración de la mancuerna, se acerca a la perspectiva sociológica de los fenómenos jurídicos, pero sin prescindir de los datos esenciales del derecho; de esta combinación afortunada, obtienen Hart y Raz sus mejores logros teóricos.

I. LA DIMENSIÓN SOCIAL DEL DERECHO

1. El "sociologismo" hartiano

1.1 Entre dos miradores

En el año de 1961, cuando Hart escribió el prefacio de *El concepto del Derecho*, perfiló de manera clara la intención de aproximarse a la realidad jurídica, a través de un enfoque abierto que le permitiera poner en evidencia, al mismo tiempo, la autonomía relativa y la correlación que guardan tres tipos distintos de fenómenos sociales: el derecho, la coerción y la moral. El conocimiento del derecho debía partir de la distinción que lo distancia, por una parte, del mero hecho de la fuerza y, por la otra, del trasvase lineal de su naturaleza en la moral. Esta forma de aproximarse al objeto se sitúa dentro una doble dimensión crítica: por un lado, se deslinda de la visión coactiva del sistema jurídico procedente del pensamiento de Austin y Kelsen, en lo que respecta a la sustancialidad que dicha posición atribuye a la coacción y, por otro lado, Hart establece una alternativa respecto del iusnaturalismo de signo metafísico, cuyos representantes han negado la naturaleza autónoma del derecho en relación con la moral.¹

El ejercicio para distinguir los fenómenos jurídicos no puede consistir en aislarlos del resto de la realidad social; por el contrario, la intención final ha de orientarse hacia la identificación del sistema jurídico como parte constitutiva de su entorno. Una de las más firmes convicciones hartianas expresa precisamente la negación de la autosuficiencia del derecho. Para pocos analistas ha sido tan evidente que

¹ HART, H. L. A., *El concepto del derecho*, 2a. ed., trad. de Genero R. Carrió, México, Editora Nacional, 1978, pp. XI y s.

los sistemas jurídicos no comienzan ni terminan en sí mismos. Hart ha indicado de manera reiterada que el origen y el destino del material jurídico tienen sede siempre en una sociedad determinada.² La base sobre la que descansa finalmente el derecho consiste en la aceptación social de ciertas reglas y del carácter obligatorio que los mismos sujetos destinatarios les atribuyen.³

Al amparo de la autodefinition metodológica hartiana no caben los intentos purificadores de la escuela austriaca, ni resultan justificadas las aproximaciones que priorizan el carácter abstracto del derecho. En la obra de Hart se cancelan temprano los presupuestos que conducen a la escisión entre *sein* y *sollen*. El derecho se entiende compuesto por un conjunto de reglas que imponen deberes o que confieren facultades; dichas reglas, aunque se distinguen de los hábitos, de las reglas morales y de las convenciones, trabajan al lado de éstas en la regulación de los comportamientos sociales. Las tesis hartianas se refieren siempre a un derecho circunscrito al ámbito de la sociedad, cuya textura no es a fin de cuentas, diversa del resto de los hechos. Los rasgos específicos de las reglas jurídicas proceden de la distinción de sus funciones en el medio social en el que accionan.

La propuesta hartiana señala con precisión que el derecho puede ser observado desde dos miradores distintos: uno interno, desde el que se atisvan los circuitos normativos del sistema y que implica compromiso con su carácter prescriptivo, y otro externo, que corresponde a la visión del orden jurídico desde la neutralidad del entorno.⁴ Para Hart no pasa desapercibido cómo que las tendencias formalizadoras que predominan en los sistemas jurídicos, eclipsan parcialmente la visión del contexto social, sobre todo cuando se trata de observarlo desde la interioridad del mismo derecho. Para superar los desvaríos de tipo formalista, Hart propone atender con prioridad al uso social de los conceptos jurídicos; a fin de cuentas el sentido de las expresiones normativas responde a la forma real en que se organizan ciertas prácticas sociales. El significado específico de los conceptos jurídicos depende en todo caso del contexto en el que se utilizan. No es raro, sin embargo, que dichos contextos resulten obnubilados por el carácter aparentemente autárquico de las reglas jurídicas y del sistema que las contiene. Lamentablemente, Hart no abunda demasiado en el tópico

² *Ibidem*, p. XII.

³ *Ibidem*, *passim*, pp. 143 y 171.

⁴ *Ibidem*, pp. 110 y ss.

relativo al desvanecimiento de los contenidos sociales del derecho, a pesar de que su obra transcurre en una continua alusión a las prácticas sociales y al reconocimiento del sentido obligatorio de las reglas por parte de sus destinatarios.

Al observar el derecho desde el punto de vista interno se debe asumir que, en general, los conceptos específicamente jurídicos y los conceptos políticos que por lo común se les asocian, suelen distorsionarse por la visión simplista de quienes intentan explicar el derecho desde la perspectiva del modelo básico; es decir, de la existencia de reglas normalmente obedecidas y respaldadas por amenazas.⁵ La visión interna del derecho es más compleja y requiere la incorporación de las nociones que explican las facultades privadas y las potestades públicas; ambas provienen de reglas que no se dedican a prohibir o a prescribir conductas de manera obligatoria, tal como sucede por ejemplo con las reglas del derecho penal. El punto de vista interno incluye la comprensión del derecho como sistema autoprescriptivo; o dicho en otros términos, como sistema de reglas que regula su propia creación, identificación y desarrollo. Las tareas de reconocimiento del material jurídico corresponden a los órganos especializados en la aplicación del derecho; porque la comprensión de los materiales jurídicos, en cuanto integrantes de un sistema, no es algo que pueda exigirse a los miembros de la sociedad de manera normal. El uso del lenguaje jurídico está determinado por la especificación interpretativa y prescriptiva que realizan los órganos jurisdiccionales en su carácter de autoridades.⁶

Por lo dicho, no debe sorprender que en el prefacio de *El concepto del Derecho* Hart establezca la posibilidad de una doble lectura de su obra; él sabe que para los especialistas se trata de un ensayo de *filosofía analítica* del derecho; sin embargo, entiende que el tono positivista de su método puede también autorizar la interpretación que considere al texto un ensayo de "sociología descriptiva".⁷ Bajo este último extremo, la relación entre arreglos normativos y formas de vida se convierte en la línea principal de las tesis hartianas; éstos dos elementos conforman un eje que lleva del uso social de los conceptos jurídicos, a las relaciones de éstos con el contexto en el que se manifiestan.

⁵ *Ibidem*, pp. 49 a 52.

⁶ *Ibidem*, p. 143.

⁷ *Ibidem*, pp. XI y ss.

1.2 La aceptación de las reglas

En la exposición de Hart es indudable que el sistema jurídico integra un complejo técnico para guiar la conducta; la naturaleza del derecho debe por eso buscarse entre las técnicas de control del comportamiento de los agentes sociales. En este aspecto, existe una franca coincidencia con el perfil que usa Kelsen para caracterizar al derecho, aunque quizá la obra hartiana desarrolle al respecto matices mucho más finos. Por ejemplo, Hart distingue entre los instrumentos de control social de tipo general —reglas, pautas o criterios de comportamiento—, y los instrumentos que consisten en directivas particulares, orientadas a cada individuo.⁸ Las técnicas de control de tipo general son indispensables en las sociedades complejas, de ahí la obvia necesidad que los Estados nacionales tienen del derecho. A través de la calificación y la orientación genérica de los comportamientos, el sistema jurídico aporta un cauce muy importante para la simplificación de la *diversidad* social; en lugar de que el orden se construya a partir de una pluralidad incontrolable de sujetos y circunstancias, se hace posible tipificar regularidades en torno a estándares o parámetros. Por eso el derecho se refiere generalmente "a *clases* de personas y a *clases* de actos, cosas y circunstancias".⁹ La eficacia del derecho depende, en igual medida, de la convertibilidad de los hechos particulares en tipos jurídicos y de la comprensión que los sujetos sociales mantengan, acerca de los parámetros regulativos y de su aplicabilidad a las circunstancias concretas.

El sistema de fuentes del ordenamiento jurídico aporta los medios naturales de comunicación que vinculan las circunstancias particulares en las que se generan los hechos sociales, con los procedimientos a través de los cuales se elaboran las reglas generales del sistema. Entre los mecanismos estructuradores del ordenamiento jurídico destacan, por su peso específico en los sistemas normativos contemporáneos, la legislación y el precedente. Tanto leyes como resoluciones judiciales, se ofrecen como cauces naturales "para comunicar las pautas generales de conducta con antelación a las situaciones en las que han de ser aplicadas".¹⁰

⁸ *Ibidem*, p. 155.

⁹ *Loc. cit.*

¹⁰ *Ibidem*, p. 160.

Hart, al introducir el tema de la aceptación de las reglas jurídicas por parte de los sujetos a los que se dirigen, reconoce como infranqueable la tensión que suscita la coexistencia entre quienes acatan voluntariamente las reglas y por añadidura cooperan para su mantenimiento, y quienes las rechazan; estos últimos, cuando se someten al sentido de las reglas, lo hacen sólo como previsión contra las desventajas que les plantea la exposición al castigo. Esta posición antitética de los agentes sociales produce reacciones opuestas en relación con la valoración del sistema jurídico; sin embargo, ambas posturas son relevantes a la hora que una determinada teoría del derecho se propone una explicación cabal de los fenómenos jurídicos. Negar o postergar cualquiera de los polos en tensión, provocará la parcialización del enfoque y la consecuente distorsión cognoscitiva.¹¹

Extrapolando los argumentos hartianos se puede afirmar, que aquellos que acatan voluntariamente las normas representan normalmente una mayoría. Además, los sujetos sociales que obedecen el orden jurídico porque lo aceptan, tienen a su favor la fuerza institucional de los órganos especializados que crean, aplican y transforman el derecho. La disciplina institucional de los agentes especializados suele inclinar la balanza en favor del *statu quo* que garantiza el orden jurídico. Bajo esta línea de razonamiento, el derecho se muestra mejor que nunca como la fuerza de control que realmente es: control de los comportamientos y, específicamente, control de las diferencias y las jerarquías que existen entre los sujetos sociales. Hart deja esclarecido que el derecho no atiende de una manera exclusiva a los agentes sociales que manifiestan voluntades coincidentes con el sentido de sus reglas, sino al contrario, su función se realiza también cuando es necesario disciplinar los comportamientos disidentes. Los consensos jurídicos siempre son parciales; el sistema se sustenta en la aceptación que le brindan grupos específicos de practicantes y nunca en la aquiescencia total de los destinatarios de las normas. Desde esta perspectiva, el derecho tiene dos resortes principales: el *consentimiento* de los practicantes que reconocen su obligatoriedad por razones distintas al temor, y, la *coacción*, cuya fuerza se dirige contra aquellos que no otorgan su convencimiento en relación con el sentido de las reglas.

El proceso de estructuración de un sistema jurídico y el carácter prescriptivo que irradia causan que la vivencia social del derecho no

¹¹ *Ibidem*, p. 113.

se produzca en un solo plano. Una es la percepción de las reglas que registran los sujetos comunes y corrientes, y otra es la experiencia de los agentes que juegan un rol especializado en relación con el derecho. El acatamiento de quienes fungen como funcionarios de los aparatos jurídicos tiene un peso cualitativo superior desde el punto de vista de los procesos estructurantes del derecho. Los órganos especializados son quienes realizan, de manera principal, la tarea de identificación del material jurídico; a ellos les corresponde precisar, generalmente con gran rigor formal, los alcances interpretativos de las reglas que componen el sistema. Los sujetos sociales que no desempeñan tareas especializadas solamente efectúan autocalificaciones provisionales de su conducta a partir del sentido de las reglas; sin embargo, la calificación definitiva del comportamiento no se producirá sino hasta que la regla se aplique por un órgano con autoridad reconocida para dirimir conflictos. El sentido de esta última valoración le corresponde arbitrarlo de manera exclusiva a los órganos especializados. De este modo, la sociedad confirma el sentido definitivo de las reglas jurídicas a través de su interpretación oficial.¹² Por lo expuesto, se puede afirmar que los agentes sociales únicamente están en contacto directo con el trabajo de creación y adaptación de las normas jurídicas a través de la costumbre y esto, sólo en aquellos casos que ésta es reconocida expresamente como fuente del derecho. Por lo que se refiere a las fuentes principales: la legislación y el precedente, el material jurídico se estructura con una manifiesta ajeneidad respecto a los agentes sociales comunes.

Tanto el carácter general de las reglas jurídicas como la índole especializada de los funcionarios del sistema, operan una aparente disociación del sistema jurídico en relación con el contexto social en el que éste se produce. De ese modo, el derecho aparece como un orden sobrepuesto al conjunto de los agentes sociales o, para decirlo en términos hartianos, como un sistema de hechos asociados al fenómeno de la autoridad. La vinculación de las reglas del derecho a una determinada agencia o aparato donde radica el poder soberano, no implica, sin embargo, la subordinación de los fenómenos jurídicos al sentido simple de una relación vertical de gobierno. En la mayoría de las sociedades, "las reglas son constitutivas del soberano"; es decir, el derecho forma parte, como elemento estructurador, del poder

¹² *Ibidem*, pp. 143 y ss.

regulativo que los sujetos de un determinado grupo reconocen a favor de agentes específicos.¹³ En este sentido, el sistema jurídico establece los límites y contornos de la relación entre gobernantes y gobernados; asimismo, funciona como vehículo que difunde el sentido de la obediencia entre los ciudadanos comunes, y también como auto-limitación para quienes ejercen potestades de tipo soberano.

Hart elude deliberadamente las referencias al Estado, como suele suceder entre los juristas formados en la tradición anglosajona. Sus escasos apuntes sobre la autoridad apenas delimitan algunas zonas de contacto entre derecho y órganos de gobierno. A despecho del interés que este binomio suscita entre los teóricos alemanes y franceses, Hart bosqueja discretamente la existencia de un detentador institucional de la autoridad al que le corresponde soportar el sentido básico de las reglas jurídicas y garantizar tanto su interpretación oficial como su aplicación obligatoria.

El derecho primitivo es una buena prueba de que el sistema jurídico puede existir sin referencias estatales; en realidad, el único factor institucional específico del orden jurídico es la presencia de órganos jurisdiccionales habilitados por reglas, los cuales, a su vez, utilizan otras reglas para resolver las controversias que les son planteadas. Así, sin ceder al influjo de la teoría continental del estado, Hart permanece fiel a la tradición del judicialismo anglosajón. Esta posición no implica la negación de la importancia del derecho prefijado, ni que Hart abandone su pensamiento a los excesos del creacionismo judicial; en este sentido, el autor del *Concepto del Derecho* conservó siempre una sana distancia respecto de los realistas norteamericanos.¹⁴

1.3 Los tipos hartianos

Al configurar sus modelos analíticos, Hart trabaja en dos planos: por un lado, distingue el *modelo básico* que responde en su perfil simplificado a las órdenes respaldadas por amenazas; es decir, a la caracterización del derecho como sistema imperativo de órdenes generalmente obedecidas y garantizadas por la coacción; por otra parte, delinea el *modelo complejo*, según el cual, el derecho deviene producto del acoplamiento de las normas obligatorias —dirigidas directamente a los miembros del grupo—, con normas de naturaleza intrasistemá-

¹³ *Ibidem*, p. 95.

¹⁴ *Ibidem*, p. 105.

tica, las cuales se refieren a la regulación de los criterios de identificación, adaptación y aplicación del material jurídico.¹⁵ En otro orden de ideas, a partir de los rasgos del modelo básico, Hart construye un tipo ideal al que puede denominarse *estado prejurídico*, cuya característica principal es la ausencia de especificación del derecho como sistema autónomo; bajo esta circunstancia, las reglas jurídicas de carácter obligatorio no se distinguen plenamente de otro tipo de reglas sociales, ya que, en dicho estado, no existen criterios de identificación ni órganos especializados en el tratamiento de las reglas. Por contraste, puede definirse un tipo social antitético: el *estado jurídico*, cuyo perfil consiste en la identificación del derecho como sistema, a partir de criterios homogéneos que desarrollan los órganos especializados en el procesamiento de las reglas. En el estado jurídico surgen las reglas que contienen los criterios intrasistemáticos que aportan las condiciones de pertenencia, adecuación y adjudicación de las reglas jurídicas.¹⁶

Vista desde una lejanía conveniente, la obra hartiana muestra sus rasgos más gruesos: se trata de una teoría del derecho que busca recuperar la dimensión social de los fenómenos jurídicos, pero sin renunciar a valorar de una manera específica los aspectos normativos y sistemáticos del material jurídico. Poco es lo que ofrece Hart para beneficiar el desarrollo dogmático del derecho; en su enfoque prevalece una visión que ayuda más a comprender el sistema jurídico a través de sus perfiles ordenadores. El derecho, entendido así, es algo más que un sistema de reglas garantizado por la coacción, y el plus lo componen, precisamente: la aceptación de su sentido prescriptivo a través del uso práctico de sus conceptos; la relación entre sentido de las reglas y prácticas sociales y, finalmente, el sentido sistemático del ordenamiento, que conjuga de una manera deliberada la regulación de la conducta de los agentes sociales comunes, con la regulación de los actos de los agentes especializados en quienes recae, en última instancia, la preservación de la coherencia sistemática del derecho.

La abreviación que sufren los procesos de formalización jurídica en las explicaciones hartianas, colocan a estas últimas de cara a un análisis sociológico del derecho; sin embargo, Hart nunca se decidió a profundizar en este tipo de análisis. A pesar de que sus límites son claros, no resulta exagerado afirmar que *El Concepto del Derecho*

¹⁵ *Ibidem*, p. 114.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 122 a 125.

es un libro que puede ser utilizado por la teoría social como cuña analítica para penetrar las especificidades históricas de los sistemas jurídicos. Raz ya había advertido la presencia de este umbral al que Hart nos condujo, aunque sin exigirnos cruzarlo.¹⁷

2. Joseph Raz: señales contradictorias

2.1 El recurso de la lógica

En más de un sentido el pensamiento de Raz debe considerarse tributario de la obra hartiana; sin embargo, esto no quiere decir que carezca de rasgos propios, ni que sus desarrollos críticos deban ser desestimados. Menos, si tenemos en cuenta que la obra de Hart es, en muchos de sus tópicos, más un boceto que un producto terminado. En la perspectiva más general de análisis, Raz comparte con Hart el bando del positivismo moderado que caracteriza a los militantes recientes de la jurisprudencia analítica, aunque su acento característico proviene de lo que el propio autor identifica como la *filosofía del razonamiento práctico*.¹⁸ Dentro de esta corriente, el foco principal de análisis lo constituyen las deliberaciones prácticas de los sujetos en relación con sus actos: "el problema más discutido con respecto a las razones prácticas es el de su función en la aplicación del comportamiento y, en particular, si las razones son causas".¹⁹ Para establecer un contraste hay que decir que el contrapunto natural de la filosofía del discernimiento práctico lo concreta la razón teórica, es decir, el razonamiento especulativo que no persigue como fin visible promover u orientar la acción de los sujetos sociales. Raz se aparta voluntariamente de la especulación pura y adopta como enfoque principal la vertiente más concreta que se desprende del pensamiento kantiano.

En la dimensión total de la filosofía práctica el estudio de las reglas jurídicas ocupa sólo un sector. El horizonte que abarca este tipo de pensamiento comprende tanto aspectos que derivan de los procesos

¹⁷ RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, 2a. ed., trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Ed. UNAM (Col. Estudios Doctrinales, núm. 62), p. 125.

¹⁸ RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, 2a. ed., trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1991 (Col. El Derecho y la Justicia, núm. 27), p. 13.

¹⁹ RAZ, Joseph (comp.), *Razonamiento práctico*, trad. de Juan José Utrilla, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1986 (Col. Breviarios, núm. 402), p. 8.

valorativos del comportamiento, como los reductos formales donde se ventila el análisis lógico de los conceptos. El programa cognoscitivo de la razón práctica, además de ocuparse del derecho, cruza los campos de la reflexión moral y política. Sin dejar de considerar los nexos necesarios que se producen entre los distintos ámbitos del pensamiento práctico, Raz pretende mejorar la comprensión de las justificaciones peculiares que encuentran los sujetos sociales para obedecer el derecho y, en especial, le interesa deslindarlos del influjo que ejercen los criterios derivados de la validez moral.²⁰ En este sentido, Raz establece una distancia intencional respecto de las posiciones iusnaturalistas, conservándose en lo sucesivo fiel al carácter positivista de su tesis, a diferencia de Hart, que intentó al final recuperar los contenidos morales del derecho. Raz nunca ha negado las vinculaciones entre derecho y moral, pero sí esclareció la aceptación de un enfoque particular y diverso para las reglas jurídicas, completamente al margen de las justificaciones de índole moral.

El más caro instrumento de trabajo de la filosofía práctica proviene de la lógica moderna y, para el caso del derecho, la fuente obligada ha sido la obra de Von Wright.²¹ Coherente con estos antecedentes, el vehículo argumentativo de Raz tiene un fuerte apoyo en las formulaciones de la lógica deóntica; aunque la adopción de esta herramienta ha traído como efecto inevitable para el análisis raziano su excesiva formalización. El discurso deóntico empleado para el análisis normativo contraría necesariamente la sobriedad conceptual propia de los trabajos de Hart. El uso de fórmulas discursivas sintéticas no es fácilmente compatible con el intento de analizar al derecho desde la especificidad del contexto social en el que surge, como lo quiere Raz, según sus propias expresiones. El análisis lógico-formal del derecho decanta en exceso las peculiaridades históricas de los órdenes jurídicos y vacía las normas de su contenido social; por eso, Raz experimenta los remordimientos positivistas que lo llevan a reafirmar con energía el carácter fáctico de los fenómenos jurídicos.²² Sin embargo, la obra raziana no resuelve con atingencia las contradicciones entre su ver-

²⁰ RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), p. 8.

²¹ VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de Pedro García Ferrero, Madrid, Ed. Técno, 1979 (Col. Estructura y Función, núm. 30), toda la obra.

²² RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Ed. UNAM, 1986 (Col. Estudios Doctrinales, núm. 93), pp. 252 y ss.

tiente lógica y aquella que clama por una mayor presencia de los instrumentos analíticos de la teoría social. En sus desarrollos formales Raz se acerca a Kelsen y se aleja de Hart. Aunque la *Teoría Pura* nunca utilizó la lógica como vehículo discursivo, el análisis formal de las normas a través de las cadenas de validez, resulta una vía aceptable para enfocar el carácter normativo del derecho, desde una perspectiva formal.

2.2 El "positivismo moderado"

No es sin embargo el uso de los recursos deónticos en la obra de Raz lo que aquí se busca como tema principal; al contrario, lo que se pretende aprovechar es la veta positivista de su análisis y, en especial, el tono polivalente de sus enfoques sobre el derecho. Raz es muy enfático cuando advierte sobre la necesidad de rescatar la dimensión social para el análisis jurídico y, por su forma de insistir, no es difícil reconocer los dejos sociológicos y realistas que salpican una buena parte de sus intenciones metodológicas.²³ Sin embargo, como antes se apuntó, las promesas de tipo realista se ven frecuentemente asfixiadas por el discurso deóntico, que necesariamente inhibe y desplaza las especificaciones sociales del análisis. Esta tensión disloca de modo inevitable la obra de Raz y evita que se reconcilien los anuncios metodológicos con sus desarrollos discursivos.

Es conveniente, para no equivocar la impresión inicial, saber que Raz se autoconcibe como integrante del grupo de teóricos que consideran al derecho, "al menos en parte, como una cuestión de hechos políticos o sociales".²⁴ Esta proclama lo aleja definitivamente de cualquier enfoque autónomo del derecho y, de paso, lo dispone a aceptar las consecuencias derivadas de dicho planteamiento: a) que el derecho, en cuanto segmento de la realidad social, se encuentra estructuralmente imbricado con otros fenómenos grupales y, b) que es posible trasladar instrumentos analíticos de la teoría social al estudio del derecho, particularmente en aquellos aspectos que tienen que ver con la existencia, la función y la eficacia de los órdenes jurídicos. Los empréstitos de otras disciplinas son necesarios para superar los límites que acotan el análisis jurídico, los cuales se hacen visibles sobre todo cuando éste se realiza dentro de los márgenes estrechos de la

dogmática tradicional. Así, si no hay derecho en estado puro, no deberá existir tampoco teoría pura del derecho.

En las manifestaciones realistas de Raz hay algunos puntos oscuros que deben ser destacados. Por ejemplo, en el párrafo que abre el prefacio a la edición castellana de *La autoridad del derecho*, el autor expone: "el derecho es un hecho social y un orden normativo".²⁵ Cabría de inmediato preguntar si los órdenes normativos pueden existir de algún modo diverso al resto de las realidades sociales. No hay, lamentablemente, una respuesta clara a esta pregunta dentro de la obra de Raz y, para contestar, existen por lo menos dos escenarios posibles: por una parte, cabría ir a la búsqueda del ámbito normativo en una especie de reducto formal o lógico, semejante al campo del *deber ser* kelseniano. En este caso la normatividad del derecho dependería fundamentalmente de las relaciones sistemáticas internas del orden jurídicos y habría que entender, bien que los nexos sistemáticos y discursivos del derecho tienen su sede fuera de la realidad social; o bien, que esta última comprende tanto los hechos materiales como los fenómenos normativos y en tal caso, estos últimos participarían de una naturaleza ideal que llevaría a distinguirlos de los acontecimientos concretos. Este tipo de solución tiene el inconveniente de que, tarde o temprano, deriva en un enfoque metafísico, y ésta no parece ser la opción predilecta de Raz.

La otra lectura posible, coloca a lo normativo en la dimensión de los hechos sociales; bajo esta alternativa el derecho es normativo porque guía la conducta pero, tanto la directriz como el comportamiento orientado, se localizan en el campo concreto de lo fáctico. Vale la pena recordar que en un pasaje de *Razón práctica y normas*, Raz se inclinó por señalar que el uso del lenguaje normativo (deberes, obligaciones, facultades, etcétera) es lo que se encuentra en el núcleo del problema de la caracterización del derecho.²⁶ El desarrollo de esta afirmación revierte el pensamiento raziano a sus fuentes oxienenses y, especialmente, a Hart. La focalización sobre el uso social de los conceptos jurídicos es el preámbulo de la tesis que considera las normas jurídicas como prácticas sociales y, aunque Raz se esforzó por criticar esta postura y por deslindar su pensamiento de ella, a la postre fue poco lo que consiguió alejarse, pues su convicción acerca del derecho como fenómeno institucional, lo situó muy cerca de la referencia hartiana

²³ *Loc. cit.*, *vid.* también RAZ, *La autoridad...* *passim* (n. 17), pp. 12 y 60.

²⁴ RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), p. 55.

²⁵ *Ibidem*, p. 16.

²⁶ RAZ, Joseph, *Razón práctica...* (n. 18), p. 197.

que considera las reglas jurídicas como prácticas de los agentes sociales: prácticas de los órganos especializados que crean y aplican el material jurídico, y prácticas también de los individuos comunes a los que las normas se dirigen para guiar su comportamiento.²⁷

Es obvio que Raz mantiene una cierta ambigüedad en cuanto a la naturaleza final del derecho; sin embargo, la lectura de conjunto de su obra lleva a reconocer que su vena positivista es sincera y que, manifestaciones como las que vertió en el *prefacio a la edición española de la Autoridad del Derecho* en relación con la naturaleza dual de los fenómenos jurídicos, no son sino excesos expresivos, dirigidos más en contra del formalismo que a favor de la metafísica. Al final de cuentas, la división entre orden normativo y realidad social es algo que no se sostiene dentro de la obra raziana, donde son frecuentes las afirmaciones explícitas en torno a la consideración fáctica de los fenómenos jurídicos.

Situado dentro de la dimensión positivista, Raz afirma que bajo el signo de dicha concepción se conjugan tres vertientes explicativas: la tesis social, que se refiere al origen fáctico de todas las disposiciones jurídicas, conocida también como "tesis de las fuentes"; la tesis valorativa, que intenta demostrar que la validez del derecho no se edifica sobre valores morales y, finalmente, la tesis semántica, que alude a la función de los conceptos jurídicos fundamentales. Dentro de la concepción positivista, estos tres componentes se balancean de tal modo que la "tesis de las fuentes" resulta preponderante y, al proyectar sus efectos sobre las otras dos tesis, provoca el desechamiento de las vías morales para encontrar la justificación del derecho, y también la deposición del campo dogmático, entendido en términos hartianos como "el paraíso de los conceptos" de los juristas.²⁸ El lenguaje jurídico tiene sentido, más que como un sistema de formas autorreferidas, como discurso dinámico que acciona para la construcción de orden dentro de la sociedad. Con mucha claridad, Raz expuso: "no queremos ser esclavos de las palabras, nuestro objetivo es atender la sociedad y sus instituciones".²⁹ Con este tipo de afirmaciones quedó sentenciado que el destino de la "tesis de las fuentes" y de todo positivismo bien comprendido, es el reconocimiento y análisis del derecho como fenómeno institucional. Incluso la naturaleza normativa del or-

den jurídico adquiere significado y se realiza específicamente, cuando se comprenden los procesos de creación y aplicación de normas como resultado del manejo de órganos especializados en la resolución de controversias.

2.3 El significado sistemático del derecho

Para la exacta focalización de los fenómenos jurídicos una de las primeras cosas que hay que comprender es que el material normativo no se produce de manera aislada: el derecho se manifiesta en sistemas y las normas sólo adquieren su significado real cuando se las ubica en la perspectiva de su pertenencia a un determinado orden jurídico. En opinión de Raz, cuando el conocimiento del derecho atiende a su naturaleza sistemática destacan dos tipos de cuestiones: las que tienen que ver con la identidad del sistema, y las que se refieren a su forma específica de existencia dentro de la sociedad.³⁰ Con el propósito de permitirnos conocer mejor los sistemas jurídicos, Raz revela la conveniencia de atender a un triple componente: la eficacia, que consiste en el grado de practicabilidad y aceptación del material jurídico; el carácter institucional del derecho, que alude a la existencia de órganos especializados en la creación y aplicación de las normas jurídicas y, finalmente, las fuentes, que son aquellos hechos en virtud de los cuales una norma es válida y su contenido identificado.³¹

La propuesta raziana de la triple vertiente reúne un alto grado de plausibilidad teórica; por una parte, explica con enorme naturalidad los procesos a los que Kelsen aludió bajo el rubro de la dinámica del sistema-creación y aplicación de normas; por otro lado, liga a estas variables la practicabilidad social de las disposiciones jurídicas. Así, las funciones que cumple el derecho en la sociedad, la experiencia de los sujetos sociales en torno de los fenómenos jurídicos y las tareas de producción, adaptación y aplicación del derecho, son todos factores que se ubican en una poderosa línea explicativa de alcance integral. Esta forma de plantear el análisis jurídico es quizás el mejor logro de Raz, ya que consigue poner en una misma secuencia los mejores alcances del análisis kelseniano con los productos más decantados del pensamiento de Hart. Lo lamentable es que, en ocasiones, por el énfasis que Raz ha dado a sus desarrollos lógicos, extravía la

²⁷ *Ibidem*, *passim*, pp. 145 y 148.

²⁸ RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), pp. 59 a 73.

²⁹ *Ibidem*, p. 60.

³⁰ RAZ, Joseph, *El concepto...* (n. 22), pp. 17 y ss.

³¹ RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), pp. 61 y ss.

fuerza del eje analítico principal que construyó con tanta perspicacia y poder sintético: creación y aplicación de las formas jurídicas de cara a las prácticas sociales; reacciones valorativas alineadas en torno a la aceptación y a la practicabilidad del derecho; consensos jurídicos al margen de las determinaciones morales; definición de contenidos a partir de la acción valorativa de los órganos especializados en la aplicación de las normas; en fin, la línea metodológica raziana abre posibilidades combinatorias de infinita riqueza que lamentablemente no han sido aprovechadas por el autor en toda su magnitud. Sin embargo, vale la pena intentar la reconstrucción del cuerpo metodológico bocetado por Raz, ya que en su síntesis, aguardan bien acopladas las herramientas de los mejores juristas del presente siglo.

Junto a los problemas relativos a la existencia y a la identidad de los sistemas jurídicos, Raz sugiere atender también los aspectos que se refieren a la estructura y al contenido de los órdenes jurídicos.³² Como se advierte, otra vez sus tesis nos sitúan ante un compromiso de integralidad en el enfoque. No se trata sólo de identificar el carácter histórico del derecho, lo cual se logra cuando se atiende a los problemas de existencia; no se pretende tampoco dirigir el análisis exclusivamente a la coherencia sistemática del orden normativo, como sucede cuando el interés se centra en los asuntos de pertenencia; lo que se quiere es penetrar el carácter del derecho como patrón ordenador de la conducta; es decir, llevar el análisis del plano básico que ofrece la coherencia sistemática del sistema jurídico, a la dimensión más profunda en la que se constata su capacidad ordenadora.³³ Asimismo Hart ha intentado explicar la obediencia al derecho prescindiendo de los criterios de justificación moral; para ello, ha entendido que los órdenes jurídicos son también sistemas de creencias que articulan consensos parciales, en torno a patrones obligatorios que devienen comunicables de manera general y homogénea al conjunto de la sociedad.

2.4 El Derecho es una variable dependiente

Raz apunta de forma insistente que el derecho no actúa sólo dentro de las sociedades que regula, sino que comparte espacios con otros sistemas normativos tanto institucionalizados como no institucionalizados.

Entre los primeros, a guisa de ejemplo, se pueden citar los regímenes regulatorios de los clubes sociales o de las organizaciones políticas; de los segundos, la moral y las convenciones sociales, resultan referencias obligadas. A Raz le preocupa distinguir los rasgos característicos del derecho en el cotejo con otros sistemas normativos institucionalizados; entre las peculiaridades jurídicas que señala después del contraste, destacan: el carácter autoritativo que revisten las determinaciones de sus órganos de aplicación, y el alcance abierto y pretendidamente omnicompreensivo de su cuerpo de normas, entre las que sobresalen las reglas de conflicto, a través de las cuales el derecho incorpora normas procedentes de otros sistemas, asimilándolas y dotándolas de los mismos factores que caracterizan al material jurídico original. Esta forma de incorporación de disposiciones ajenas permite al derecho ampliar su ámbito regulatorio y abarcar a través de tales extensiones, prácticamente la totalidad del espectro de conductas posibles. La factibilidad de inserción y asimilación de otros órdenes normativos, confiere al derecho una proyección tal que lo sitúa como marco general ordenador de la actividad social y, por ende, como sistema hegemónico respecto de los otros órdenes normativos.³⁴

Pero, si por un lado Raz reconoció al derecho el rango de sistema institucionalizado preponderante, por otra parte, advierte que el sistema jurídico no puede autosostenerse; al contrario, resulta una variable absolutamente dependiente del sistema político al que apuntala. Para entender hasta qué punto el derecho está determinado por factores externos, basta con recordar que, ni su origen ni su desaparición ocurren en una zona controlada por los alcances regulativos del sistema; uno y otro hecho pertenecen al ámbito de los acontecimientos políticos y sociales.³⁵

Hecha la advertencia anterior, ya no sorprende que Raz afirme, como lo hace, que los sistemas jurídicos son en realidad subsistemas de formas más complejas, como los estados, tribus o religiones. Así, la identidad de los sistemas jurídicos —o mejor dicho, su perfil histórico— responde al sello que le confieren los macrosistemas a los que pertenece el derecho. Cuando Raz añade al *Concepto de Sistema Jurídico* el *post-scriptum*, una de sus preocupaciones principales consiste en reiterar que los sistemas jurídicos no son "autárquicos", sino que conforman un segmento del orden institucional de los sistemas políti-

³² RAZ, Joseph, *El concepto...* (n. 22), p. 18.

³³ *Ibidem*, p. 252 y además RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), pp. 131 y ss.

³⁴ RAZ, Joseph, *La autoridad...* *passim* (n. 17), pp. 144 y 150.

³⁵ RAZ, Joseph, *El concepto...* (n. 22), p. 253.

cos. Así, aunque el derecho regula también relaciones entre particulares, su verdadero telón de fondo son las relaciones entre gobernantes y gobernados. De hecho, el sistema jurídico estabiliza el sentido jerárquico del régimen político en cuanto transforma la obediencia al soberano en obediencia y aceptación de un orden impersonal que se expresa a través de disposiciones generales.

Si el sistema jurídico aporta regularidad y estabilidad al régimen político, lo que éste a su vez confiere al derecho es la continuidad. El orden jurídico tiene una duración subordinada a la permanencia del sistema político del que forma parte.³⁶ El tiempo del derecho alude sólo a su existencia momentánea, o mejor dicho, el derecho no tiene un tiempo propio; su carácter histórico es contingente y su suerte se encuentra ligada a las circunstancias del arbitraje efectivo de la fuerza. El único tiempo posible del derecho no corresponde al curso de los acontecimientos; se trata de un tiempo ideal en el que transcurren los procesos lógicos que ligan a las normas con las consecuencias que establecen. Podría hablarse mejor de una duración de naturaleza hipotética.

Cabe señalar que la linealidad con la que Raz vincula al derecho con el sistema político resulta obviamente exagerada; porque es posible concebir la vigencia de un sistema jurídico incluso sin sus apalancamientos políticos. Esta afirmación tiene sustento, paradójicamente, en una afirmación del propio Raz, quien llegó a manifestar que los sistemas normativos —el derecho inclusive— existen en virtud de su impacto en el comportamiento de los individuos.³⁷ Con esta tesis podríamos cimentar la hipótesis de una sociedad en la que se hubiera derrocado un régimen específico, pero que, ante la incertidumbre de la transición, los sujetos sociales siguieran utilizando de manera efectiva los patrones jurídicos del régimen derrocado. En esta hipótesis, el derecho parecería tener un tiempo propio y, en todo caso, independiente de la continuidad que le hubiera podido proporcionar el régimen político al que se hubiere debido el sistema jurídico.

Por todo lo dicho, resulta evidente que Raz no comparte el soslayamiento del Estado, que campeó en las explicaciones hartianas. Una de las propuestas razianas más llanas, expresa que una teoría del derecho debe estar siempre soportada en una teoría del estado.³⁸ Raz

³⁶ *Loc. cit.*

³⁷ RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), p. 136.

³⁸ *Ibidem*, p. 131.

entiende al Estado no como un aparato específico ni como un concepto que engloba una unidad ideal de elementos constituyentes; su noción de estado es elemental, pero al mismo tiempo muy eficiente: se trata de la organización política de una sociedad; es decir, del régimen de relaciones entre gobernantes y gobernados. A pesar de que puede considerarse un acierto haber devuelto a las explicaciones jurídicas las referencias estatales, hay que decir que el planteamiento de Raz es al respecto insuficiente, ya que no intenta explicar con profundidad los nexos que existen entre derecho y poder. Tampoco existen las alusiones que hubieran sido necesarias para la inserción del sistema de tribunales —u órganos primarios, como los denomina Raz— en los circuitos públicos. Los órganos jurisdiccionales cobran sentido específico en el Estado de Derecho; es decir, como piezas que aportan racionalidad al régimen político. El uso, así fuera incipiente, de la teoría constitucional, hubiera conferido a las tesis razianas la ambientación analítica necesaria para reconstruir de fondo los nexos entre derecho y estado.

2.5 Las normas son razones para actuar

Para Raz, el carácter normativo del derecho se reconoce a plenitud cuando se le observa como guía del comportamiento; a final de cuentas las normas jurídicas son razones para actuar. Y no se trata solamente de razones ordinarias, sino de auténticos mecanismos de valoración excluyente que, por una parte prescriben el sentido específico de una acción y, por otra, descartan la posibilidad de que el sujeto actúe de acuerdo con otras razones que puedan hallarse en conflicto con el sentido de la regla. Así entendidas, las normas son razones estandarizadas que relevan a los sujetos sociales de la necesidad de efectuar valoraciones *ad hoc* en relación con el sentido de sus actos.³⁹ Las normas se convierten en *entidades* fijas que regularizan el sentido de determinadas decisiones y devienen puntos concretos para la canalización del comportamiento. Bajo esta perspectiva, el derecho se explica como una técnica motivacional de la acción social que sustituye las decisiones individuales por una racionalidad institucional que expresa los sentidos organizativos del grupo. El derecho fija —y aún cosifica— el curso del comportamiento, en la medida que proporciona estructuras institucionales al sentido de las decisiones grupales.

³⁹ *Ibidem*, p. 46 y además RAZ, Joseph, *Razón práctica...* (n. 18), pp. 245 y ss.

Aunque aparentemente el sistema de Raz depone la capacidad de deliberación individual de los sujetos sociales en favor del sentido prescriptivo de las normas, en realidad, dicha capacidad de los agentes se conserva como referente central del discurso; solamente que los individuos ya no deciden en relación con su forma de actuar en cada caso, ahora lo que tienen que discernir es si su conducta se ajusta o no al sentido de una norma determinada. Así, en última instancia, el sistema raziano se cierra en un proceso de imputación que atribuye responsabilidades por la selección de la situación adecuada de acuerdo con lo prescrito en una norma.⁴⁰ Los órganos especializados, en tal sentido, efectúan una tarea de calificación del comportamiento a partir de estándares normativos, cuya valoración supone, en su lado más profundo, la responsabilidad del sujeto en torno a la decisión de apartarse o conservarse dentro del sentido del derecho.

En el sistema teórico de Raz existe una laguna difícil de llenar, porque no hay indicios suficientes que permitan establecer el paso entre las deliberaciones individuales y el sentido general de las prescripciones normativas. Al respecto, se extraña la tesis de Hart de las normas concebidas como prácticas sociales; bajo el influjo de esta aserción es posible conectar el análisis jurídico con el sociológico y lograr una visión integral de los procesos de sedimentación del sentido del comportamiento, a través de los cuales se fija la orientación institucional de las prácticas grupales; en cambio, por el camino de la razón práctica al que se acoge Raz, el encuentro se dificulta. Así, sin la posibilidad de rastrear paso a paso el proceso de construcción institucional que desarrollan los miembros del grupo por medio de su interacción, la génesis social del derecho se extravía, dejando a los fenómenos jurídicos, otra vez, fuera del ámbito de relaciones y traslapes en el que interactúan con otros procesos normativos de la sociedad.

3. Algunos rasgos para el cotejo

Aunque Raz se obstina en señalar motivos de diferencia con los planteamientos hartianos, en realidad el punto de llegada de ambos pensadores es muy parecido; ambos terminan por reconocer las peculiaridades jurídicas más a través de la acción de los órganos jurisdic-

⁴⁰ RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), p. 43.

cionales que de cualquier otro elemento.⁴¹ Ninguno niega, por otro lado, que los tribunales, al resolver las controversias que les son planteadas, aplican normas prefijadas y, al mismo tiempo, desarrollan el contenido del derecho. Tanto Hart como Raz insisten en el carácter general de las reglas jurídicas y en la función de guía que éstas ejercen en relación con el comportamiento.⁴² A pesar de los resquemores de Raz, éste culmina cediendo ante la importancia de las prácticas sociales en relación con la eficacia del derecho y esto confiere factibilidad a la conversión de sus respectivas categorías analíticas en instrumentos útiles para la teoría social.

Los escritos de Hart preparan adecuadamente el camino para que Raz desarrolle la tesis del derecho como fenómeno institucional. Sin embargo, no es dable una caracterización de este tipo sin presuponer el paso previo por la tesis de las reglas jurídicas como expresión de prácticas sociales.⁴³ En realidad, el derecho no depende de sí mismo ni de alguno de los elementos ordenadores de la realidad social. Hart fue proclive a aproximar el derecho a la moral, así fuera la de contenidos mínimos a la que alude en su obra; mientras Raz se inclinó por considerar al orden jurídico como un satélite de la órbita política.⁴⁴ Ni uno ni otro pensador son consistentes en la forma unilateral que utilizan para relacionar al derecho con otros fenómenos ordenadores; en cambio, de la obra de ambos, pueden legítimamente rescatarse las bases para una tesis que establezca la vinculación multivalente del derecho con su entorno. La textura del sistema jurídico en el grado de "desformalización" con el que se trabaja en la jurisprudencia analítica oxiense, da para reconstruir los vínculos con el mercado, con el estado, con la moral, con la religión y con cualquier mecanismo estructurador del comportamiento social. El punto de contacto entre el derecho y otros sistemas normativos de la vida social, es la función común que todos éstos conjuntos regulativos desempeñan en los procesos de construcción de orden de la sociedad y, con esta solución, no es necesario ligar los fenómenos jurídicos de manera preponderante a cualquiera de los otros sistemas normativos que integran el entor-

⁴¹ HART, H. L. A., *op. cit.* (n. 1), pp. 127 y ss. y RAZ, Joseph, *La autoridad...*, *passim* (n. 17), pp. 123 y 127.

⁴² HART, H. L. A., *op. cit.* (n. 1), p. 155 y RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), p. 171.

⁴³ HART, H. L. A., *op. cit.*, *passim* (n. 1), pp. 49, 106 y 245.

⁴⁴ HART, H. L. A., *op. cit.* (n. 1), pp. 239 y ss. y RAZ, Joseph, *El concepto...* (n. 22), p. 253.

no. Ni Hart ni Raz eluden hablar en su momento del derecho como fuerza que mantiene la estratificación social, las jerarquías y las funciones diferenciadas de los agentes sociales;⁴⁵ por lo tanto, sus opiniones no riñen con la perspectiva estructuradora que se confiere al derecho en la presente interpretación, ni con ningún punto de vista que considere al orden social, básicamente, como un orden de la desigualdad y las diferencias.

El tono realista que las obras de Hart y Raz autorizan para el análisis jurídico no favorece el desarrollo de argumentos para el fomento de una dogmática de signo tradicional. Afortunadamente, el influjo de la filosofía del lenguaje del último Wittgenstein fue lo suficientemente potente como para preservar la obra de ambos juristas de la tentación vocacional de los conceptos. En cambio, ambos se mantienen firmes al buscar el sentido del derecho en los usos sociales y no en el camino doctrinario de la jurisprudencia continental. De hecho, el modo de esgrimir el análisis jurídico desde la óptica de la "tesis de las fuentes", favorece en gran medida la reformulación crítica de la dogmática. Y no se trataría con ese ejercicio de cuestionar las bases ideológicas de los dogmas modernos, sino de poner a prueba el entramado metodológico al que se atiene dicha forma de pensamiento.

Desde un ángulo naturalista, cabría atribuir a las obras de Hart y Raz un dejo de idealismo, porque ambos aluden a la estructura del pensamiento jurídico —y no al derecho— como ambiente de su análisis. Esta forma de especificar el campo de trabajo proyecta una pantalla entre el derecho como conjunto de funciones sociales y el autor del análisis que aparece al margen de su objeto; pareciera que el propósito final fuera hacer el estudio de la mentalidad o las mentalidades jurídicas y no de un proceso con límites históricos específicos. Sin embargo, este tipo estricto de lectura debe ser remontado, porque en los atisbos de ambos autores hay guías muy precisas para un buen análisis positivista del derecho.

Una de las paradojas más grandes de las teorías que se analizan es, que siendo dos sistemas de pensamiento orientados a la comprensión práctica del derecho, resulten ambos difíciles de conciliar con la práctica profesional de los juristas. En este sentido se trata de dos buenas teorías exteriores, porque ninguna genera conceptos de tipo funcional para los usos dogmáticos o forales de los especialistas prác-

⁴⁵ HART, H. L. A., *op. cit.* (n. 1), p. 241 y RAZ, Joseph, *La autoridad...*, *passim* (n. 17), pp. 132 y 144.

ticos del derecho. Vistas las cosas desde esta óptica, la obra de Kelsen resulta menos lejana porque, su autor construyó muchos de sus pasajes teóricos a partir de la crítica concreta de ciertas categorías básicas dentro de la dogmática tradicional; esto vale también para Ross, quien se ocupó largamente en bordar críticamente en torno a los derechos subjetivos. Hart y Raz, sin embargo, están expuestos al confinamiento teórico, hasta en tanto la base de su pensamiento no se use como palanca para embestir los reductos del añejo formalismo jurídico. Tanto en la obra de uno como en la del otro, se encuentran los fundamentos para beneficiar un enfoque realista y balanceado del derecho, que lo mismo puede beneficiar a la teoría social que al desarrollo del conocimiento antidogmático de los fenómenos jurídicos. Sin embargo, para obtener el efecto demostrativo que conlleva una visión de este tipo es necesario lanzar sus resultados como dardos críticos sobre las categorías de la dogmática tradicional y reconstruir el sistema de conceptos a partir de la revaloración de la dimensión social del derecho.

II. LAS PRETENSIONES SISTEMÁTICAS DEL DERECHO

1. Los avances hartianos

1.1 La secuencia elemental de la propuesta

Para comprender la concepción hartiana del sistema jurídico se debe partir del doble contraste que efectúa su autor: el derecho es distinto al orden que representa el modelo básico austiniano, y es también diferente al *tipo ideal* que Hart denominó situación prejurídica, en la cual sólo existen algunas reglas que imponen obligaciones a los miembros del grupo. Los aspectos contrastantes en relación con el modelo básico tienen que ver con la omisión que hay en éste de dos aspectos fundamentales: no se respeta la diversidad del material jurídico, al no consignarse la existencia de las normas que confieren facultades a los sujetos privados y potestades a los órganos públicos,⁴⁶ ni tampoco se da cuenta del carácter normativo del derecho, ya que la mera obediencia que dispensan los destinatarios de las reglas, no significa la *aceptación* de estas últimas como guías del comportamiento. Las discrepancias entre el estado jurídico y el *tipo ideal* del estado preju-

⁴⁶ HART, H. L. A., *op. cit.*, *passim* (n. 1), pp. 35, 39 y 48.

rídico se marcan en torno de tres aspectos antitéticos: falta de criterios para la identificación del material jurídico *vs.* existencia de una *regla de reconocimiento*; falta de elementos para adecuar las normas al flujo dinámico de la realidad *vs.* *regla de cambio* y, finalmente, dispersión en la forma de obtener presión para el cumplimiento por parte de los sujetos *vs.* *regla de adjudicación*.⁴⁷

Los contrastes sugeridos por Hart se encaminan a demostrar que el dato peculiar de los órdenes jurídicos no estriba solamente en su función regulativa del comportamiento, puesto que el derecho comparte este mismo rasgo con otros sistemas de reglas sociales. La diferencia específica radica en que el derecho establece, además, reglas que controlan su propia coherencia como mecanismo ordenador y que permiten anticipar la forma en que el sistema se acopla con la vida social. No se trata de un conjunto regulativo de un solo nivel; el orden jurídico está compuesto por dos rangos distintos de control: uno se dirige directamente a los destinatarios comunes de las reglas, y otro se encamina a los funcionarios del sistema, cuyo objeto es garantizar la coherencia intrasistemática del derecho.⁴⁸ Así, a diferencia de otras reglas sociales, las reglas jurídicas se encuentran entramadas en dos diferentes planos: con la realidad social y consigo mismas.

La trama interna del derecho no consiste solamente en un conjunto de nexos lógicos sino que tienen también valor normativo; sin embargo, en este caso, su sentido prescriptivo no es abierto, alcanza solamente a los sujetos dotados de competencia para manipular el material jurídico como agentes especializados. La potestad de estos últimos deviene obviamente de las reglas que los habilitan para la realización de determinadas tareas intrasistemáticas. De este modo, entre las reglas que imponen deberes a los agentes comunes y las prácticas de éstos, el derecho genera una zona de ejercicios especializados a partir de la cual se acciona su sistema interno de ordenación.

Las categorías básicas del planteamiento hartiano son los conceptos de obligación, regla, y sujeto común, para el primer plano del derecho; y reconocimiento, cambio, adjudicación y órganos especializados, para el segundo nivel. La *aceptación* del sentido prescriptivo de las reglas es un concepto que trabaja de manera simultánea a lo largo de estos dos ejes. El orden jurídico presupone la *aceptación* mayoritaria de las reglas que imponen deberes por parte de los agen-

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 115 a 117.

⁴⁸ *Ibidem*, *passim*, pp. 49, 52 y 76.

tes sociales que funcionan como destinatarios y, por otro lado, requiere también *aceptación* de los funcionarios que operan los órganos de adaptación y aplicación del derecho. A pesar de la importancia que tiene el término *aceptación* dentro de la obra hartiana, el autor no proporciona un concepto para determinarla.⁴⁹ Sin embargo, parece que la *aceptación* debiera ocupar un sitio intermedio entre el acatamiento necesario y la adhesión del sujeto que comparte los valores de una regla jurídica. Dicho concepto involucra el sentido crítico de los sujetos, pero no llega hasta el punto de su opción moral. Se trata de un tipo de reconocimiento que cae por completo en el ámbito del derecho y que evita la justificación de las disposiciones jurídicas a través de los procesos de validación moral.

El concepto de *obligación* es otra de las categorías básicas dentro de la obra hartiana. Atendidos al modelo austriaco sobre el que se dirijan las críticas de Hart, *obligación* significa *verse* obligado a realizar una determinada acción, teniendo como móvil el carácter coactivo del mandato o de la directriz a través de la cual se ordena la ejecución. En cambio, apegados al significado hartiano del término, la obligación implica el reconocimiento del sentido de la regla como pauta de comportamiento; de este modo, se concede un peso determinante al compromiso crítico del sujeto, en relación con el contenido prescriptivo de la regla.⁵⁰

La estabilidad que el sistema jurídico confiere a las pautas obligatorias de interacción de un grupo determinado, se vincula a la comprensión implícita del sentido de las reglas por parte de los agentes, la cual se manifiesta precisamente en su *aceptación*. La comunicabilidad del sentido de las reglas, a su vez, está relacionada con el uso regular y controlado de ciertos conceptos dentro del sistema. Para mantener significados relativamente fijos e identificables el derecho requiere un cierre semántico por lo menos parcial. La comunicabilidad de los mensajes obligatorios de las reglas, entonces, permite al derecho trascender sus propias circunstancias momentáneas; así, el significado de las reglas se prolonga en el tiempo como un mensaje gene-

⁴⁹ *Ibidem*, *passim*, pp. 49, 76, 106, 142, 143, 145 y 245 y además *cf.* DE PÁRAMO, Juan R., *H. L. A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1984 (Col. El Derecho y la Justicia, núm. 3), pp. 251 y 421 y también RAMOS PASCUA, José Antonio, *La regla de reconocimiento en la teoría de H. L. A. Hart. Un intento de configuración del derecho como sistema normativo autónomo*, Madrid, Técno, 1989 (Col. Derecho, Cultura y Sociedad), p. 120.

⁵⁰ HART, H. L. A., *op. cit.*, (n. 1), pp. 105 y ss.

racional que regulariza las formas de valoración normativa de los comportamientos, tanto en el presente como en el futuro próximo.

En la propuesta hartiana se colocan en una misma línea explicativa los elementos prescriptivos del derecho y las prácticas sociales que éstos motivan. No es necesario, desde tal punto de vista, adulterar el análisis, como ocurre en el modelo kelseniano, que sitúa el criterio de eficacia como condición para la validez de las normas jurídicas. En las tesis de Hart, al encontrarse el derecho en el mismo plano que los hechos sociales, el carácter obligatorio de sus reglas puede perfectamente buscarse en los efectos que el orden jurídico suscita entre los agentes sociales: este tipo de acercamiento al ámbito jurídico permite conjurar los fantasmas cognoscitivos del formalismo. Ahora bien, lo que significa virtud para quienes reconocen la plausibilidad del análisis sociológico del derecho, para otros es defecto, porque consideran que reducir el sistema jurídico al nivel de las prácticas sociales impide la comprensión cabal de su sentido normativo. Sin embargo, la obra de Hart constituye una demostración fehaciente de que el derecho puede ser realístamente enfocado sin demérito de sus cualidades prescriptivas y sistemáticas.

El concepto de *regla* tiene, por su parte, una connotación de índole multifuncional: por un lado, es guía de la conducta; por otro, patrón de calificación del comportamiento y, desde un tercer ángulo, puede considerársele pieza de un sistema de regulación que sigue, a su vez, el sentido que le marcan los controles intrasistemáticos.⁵¹ Dentro de la obra de Hart, las reglas aportan únicamente medio rostro del objeto a considerar, la otra fase consiste en la *aceptación* de su carácter prescriptivo por parte de los agentes sociales. Aquí, otra vez el concepto de *aceptación*, al completar el significado de la noción de *regla*, acciona como pivote de la teoría hartiana. Así, las reglas son hechos porque existen como parte de un sistema positivo que regula el comportamiento; pero son también fácticas, por sus efectos concretos sobre la conducta social. La explicación del derecho no puede detenerse en la existencia formal de la regla, sino que avanza hacia el terreno de sus efectos concretos y, de esta manera, el análisis permite que se manifieste el verdadero valor sociológico de los presupuestos hartianos.

La noción de sistema jurídico no atañe nada más a la forma en que se estructuran y entrelazan las reglas primarias con las reglas secun-

⁵¹ *Ibidem, passim*, pp. 10-11, 34-41, 70-72, 100-101, 128-129, 301 y 302.

darias; sino que abarca el modo peculiar en que una sociedad procesa la experiencia jurídica: tanto la común, como la especializada. Los aspectos de la prescriptibilidad del sistema se resuelven, como siempre, con la *aceptación* del sentido de las reglas por los destinatarios; cualquier sistema jurídico descansa sobre la base que le proporcionan los comportamientos normales de los sujetos que integran el grupo. El sistema jurídico legitima, además, las reacciones críticas contra los transgresores de las reglas, dándoles apoyo regulativo y estructura institucional. En este nivel, el derecho se convierte en un factor de justificación para la represión de las conductas antigrupales. Hart tiene claro que el potencial sancionador que confiere el sistema jurídico conlleva un riesgo latente de ejercicio político autoritario; de ahí que se pronuncie porque el derecho mantenga contenidos morales mínimos.⁵²

1.2 Una breve acotación sobre las normas como razones para la acción

Hay una diferencia sutil entre *verse* compelido por un motivo de fuerza —física o moral— y el hecho de reconocer, a través de una función crítica del entendimiento, que una regla es, en sí misma, el motivo para efectuar un acto determinado.⁵³ En ambos casos, la acción del sujeto corresponde a una exigencia de carácter involuntario; sin embargo, en la situación inicial, el agente no está en condiciones de poder reflexionar sobre la posibilidad de someterse o no al sentido de una orden; su capacidad crítica se encuentra abatida por las circunstancias del caso. Cuando un agente está obligado a actuar por una regla, ésta adquiere el carácter de una razón para la acción; en esta segunda hipótesis, el discernimiento del sujeto no se encuentra constreñido y éste puede decidir si cumple o no con la exigencia normativa; más aún, tiene la posibilidad de poner en juego diversos móviles para someterse a la regla;⁵⁴ recordemos que la *aceptación* del sentido prescriptivo de una disposición jurídica no involucra el compromiso con su contenido moral.

Las reglas que imponen obligaciones suponen, según Hart, dos cuestiones fácticas: una conducta regular en acatamiento de la regla, he-

⁵² *Ibidem*, pp. 248 a 250.

⁵³ *Ibidem*, p. 103.

⁵⁴ *Ibidem, passim*, pp. 104 y 106.

cho que puede constatarse a través de la observación externa, y una actitud del sujeto que distingue el sentido de la regla y ve en ella una pauta o modelo para efectuar sus actos.⁵⁵ El destinatario usa la regla para autocalificarse en relación con su contenido y, asimismo, la utiliza como factor de cálculo en relación con sus propios intereses. Desde este punto de vista, las reglas revelan un cierto grado de madurez social, porque responden a una forma de organización más compleja que aquella, por ejemplo, en la que los hábitos aportan la fuerza ordenadora principal. La obligatoriedad del derecho sólo puede experimentarse a plenitud desde el punto de vista interno del sistema; es decir, desde la óptica de quienes han aceptado su papel como destinatarios y practicantes del carácter prescriptivo de las reglas que lo integran.⁵⁶

Para explicar cómo se ejerce la presión para que el sujeto cumpla con una determinada exigencia que le plantea una regla jurídica, hay un trayecto que presupone el previo reconocimiento de la autoridad y, además, del carácter estable de los órganos que la ejercen. El sujeto que infringe la regla cae en el núcleo de un sistema disciplinador organizado centralmente donde la fuerza de presión se encuentra modulada por el mismo derecho.⁵⁷ El caso antitético lo representa la situación del asaltante; bajo este supuesto, la necesidad circunstancial que apremia al sujeto lo coloca en un estado de inferioridad momentánea. Hart no profundiza en el carácter peculiar que el aparato sancionador confiere al derecho, pero a pesar de ello, hay que señalar que, en alguna de sus vertientes, el sistema jurídico trabaja como mecanismo represor y su misma existencia revela una situación de asimetrías en la estructura del grupo social al que regula. El derecho, desde este punto de vista, especifica el papel de los agentes sociales dentro de un régimen de dominación, así se trate de un tipo racionalizado de ejercicio del poder.

1.3 El acoplamiento sistemático de las reglas

En un estado primitivo —típicamente considerado— sólo se perciben reglas que imponen deberes cuyo contenido gira normalmente en torno al uso de la fuerza, la protección de los bienes y el aseguramiento

⁵⁵ *Loc. cit.*

⁵⁶ *Ibidem, passim*, pp. 107 y 111.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 107.

to de la sinceridad de los compromisos personales.⁵⁸ Una sociedad compleja, en cambio, demanda atención jurídica de tipo sistemático; ya no le es funcional un grupo semidesarticulado de reglas elementales. La armonía sistemática del orden normativo potencia las capacidades regulatorias y expande las respuestas posibles del derecho. Bajo el modelo que únicamente reconoce reglas que imponen deberes, no puede explicarse cabalmente la estructura sistemática del derecho porque un análisis de este tipo, deja fuera las normas que confieren potestades; si esta omisión se mantiene, se violentan los conceptos y se distorsionan los resultados del análisis; por lo tanto, los límites del modelo básico tienen que trascenderse y, para tal efecto, es inaplazable abrir paso a la explicación del segundo nivel del sistema jurídico: precisamente, el de las reglas que otorgan facultades y confieren potestades. Las funciones intrasistemáticas que requiere el material jurídico para organizarse como sistema derivan de reglas secundarias, que son las que habilitan a determinados órganos para modificar, ampliar y aplicar los mandatos regulativos. Las reglas secundarias, generalmente autorizan a determinados sujetos para generar nuevas reglas de contenido obligatorio; es decir, para desarrollar el sistema hasta sus márgenes de aplicación más concreta.⁵⁹

La diferencia entre un estado primitivo de organización social y otro moderno, es que, en el primero, la mayor parte de las reglas son producto de la espontaneidad de las prácticas sociales; en estas condiciones, la costumbre juega un papel principal como factor de ordenamiento. Sin embargo, en un sistema complejo, la sociedad, o mejor dicho sus órganos de gobierno, ameritan un instrumento que permita movimientos deliberados del orden regulativo; no basta con disposiciones dispersas y espontáneas que se generan y ajustan a través de lapsos dilatados. Una sociedad compleja, mantiene una dinámica tal que requiere de un esfuerzo de síntesis tipificadora que reduzca la diversidad; de un sistema de acoplamiento que actualice el sentido de las reglas, y de un conjunto de aparatos institucionales para desarrollar los trabajos de aplicación y práctica reproductiva del derecho.

El cuerpo básico del sistema jurídico lo componen las reglas que imponen deberes, pero las reglas secundarias deben proveer criterios para su desarrollo, ajuste y aplicación. Incluso los sujetos comunes requieren para su ejercicio privado zonas personales de desarrollo que,

⁵⁸ *Ibidem*, p. 114.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 143.

a su vez, demandan disposiciones jurídicas encaminadas a crear derechos y obligaciones recíprocos que aseguren la interacción. La primacía relativa de las reglas que imponen obligaciones proviene de su función disciplinadora y, sobre todo, de la proximidad de dichas disposiciones en relación con los sujetos a los que se aplican. El papel de las reglas secundarias no siempre se manifiesta de manera visible al conjunto de la sociedad; su manejo especializado les reserva una imagen discreta. Sin embargo, las llamadas reglas secundarias son las que aportan la argamasa que sirve de unión a los sistemas jurídicos; en ellas radica la legitimación específica de las funciones ordenadoras más importantes de la sociedad.⁶⁰

Desde un punto de vista normativo, es inevitable que el cierre del sistema jurídico tenga que apoyarse en algo semejante a lo que Kelsen describe como cadenas de validez. Unas normas deben encontrar sustento en otras y también las facultades de quienes crean y aplican el orden jurídico, ameritan un fundamento normativo. Los nexos internos de las reglas plantean varios problemas que reclaman atención: la definición de los criterios de pertenencia y vigencia del material jurídico, así como la extensión de sus ámbitos regulativos. Estas cuestiones corresponden al segundo nivel ordenador del derecho y se resuelven con la proyección de sus cualidades sistemáticas. La explicación de estos criterios surge como la tarea principal de la Teoría del Derecho; su omisión, en cambio, condena a paralizar la visión del material jurídico y a excluir los problemas que resultan relevantes para entender las funciones sociales del derecho.

1.4 Las vicisitudes de la Regla de Reconocimiento

Si en la *Teoría Pura del Derecho* el tema de la *norma fundamental* ha generado borbotones críticos; la *Regla de reconocimiento* de la teoría hartiana no le ha ido a la zaga. Conviene hacer algunas aclaraciones en torno a la caracterización de esta regla tan peculiar.⁶¹ Primero, hay que señalar el hecho de que Hart concibe la regla en cuestión como el sustituto crítico del *soberano* al que se refiere el modelo explicativo de Austin. Según la tesis de este último, los problemas de pertenencia y de obligatoriedad del material jurídico se resuelven a partir de la identificación del origen de las disposiciones que lo inte-

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 118 a 122.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 126 y ss.

gran: si las reglas fueron expedidas por el *soberano* con la intención de obligar, son derecho; la aserción austiniana es franca y su linealidad no admite matices. Segundo, a pesar de que Hart dice orientarse a la refutación de la propuesta de Austin, en realidad, su diálogo más intenso lo entabla con la escuela austriaca del derecho. La *hipótesis básica* o *norma fundamental* intenta responder a dos problemas —pertenencia y obligatoriedad de las normas— que en realidad tienen un curso común dentro de la *Teoría Pura*: el de la validez. Dentro de la obra kelseniana, una norma es válida y, por lo tanto obligatoria, si forma parte del ordenamiento. Para indagar sobre su pertenencia es necesario remontar las cadenas de validez hasta encontrar la norma que habilita al órgano que expidió la regla que se encuentra cuestionada. Sin embargo, tales cadenas de validez deben tener un límite; generalmente, éste se localiza en la primera constitución histórica de un país. Para encontrar el fundamento normativo de la primera constitución es necesario suponer una norma última, que contenga la habilitación del poder constituyente original. Esa norma, a la que se considera básica, no tiene manifestación positiva; es solamente un supuesto lógico que ofrece los cimientos formales del sistema.⁶²

La *regla de reconocimiento*, por su parte, carece asimismo de una formulación expresa de carácter positivo; sin embargo, Hart se resiste a considerarla una norma hipotética; se trata de una regla cuyo contenido consiste en perfilar los criterios oficiales mediante los cuales los agentes del grupo social realizan la identificación de las reglas válidas del sistema.⁶³ La *regla del reconocimiento* resuelve los problemas de validez y pertenencia de las reglas del derecho; aunque su existencia no se puede constatar entre los instrumentos regulativos materializados, sino sólo a través de la observación de las prácticas de reconocimiento que efectúan los ciudadanos comunes y los funcionarios especializados del sistema.⁶⁴ La *regla de reconocimiento* sólo puede ser aprehendida con cierta seguridad cuando se analiza el trabajo de adjudicación de las reglas, en cuya base se localiza un conjunto de prácticas estandarizadas de especificación del material jurídico, según el tipo de fuentes del que proceden las disposiciones. Desde el punto de vista externo, la *regla de reconocimiento* evidencia están-

⁶² Vid. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vergara, México, Ed. UNAM, 1986 (Col. Estudios Doctrinales, núm. 20), pp. 201 y 202 y 205 a 214.

⁶³ Hart, H. L. A., *op. cit.*, *passim* (n. 1), pp. 127, 129 y 143.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 127.

dares de identificación; desde el punto de vista interno, sin embargo, funciona como una regla *aceptada* que tasa el sentido de las tareas que realizan los órganos especializados en el trabajo de adjudicación.⁶⁵

Hart resuelve el problema de la validez de las reglas del sistema jurídico refiriendo la situación de cada regla a los criterios de pertenencia que contiene la *regla de reconocimiento* para el caso. Al igual que la *hipótesis básica* kelseniana, la regla hartiana funciona como referencia última del sistema;⁶⁶ sin embargo, su contenido se refiere a un conjunto de hechos que consisten en prácticas de especificación, relacionadas con los criterios que justifican las fuentes del derecho. La *regla de reconocimiento* alberga también un sistema de jerarquías que ordena la prelación de las fuentes con base en un criterio final de pertenencia.⁶⁷ De manera un tanto contradictoria, Hart se pronuncia por atribuir a la regla en cuestión el mismo carácter modélico y prescriptivo que caracteriza a las otras reglas del sistema. Bajo este punto de vista, la regla de referencia participa de una doble naturaleza: fáctica y normativa. Por una parte, engloba un conjunto de prácticas regulares; por otra, conlleva la aceptación como guía obligatoria del comportamiento de aquellos que tienen la función de operar los actos de reconocimiento; estos últimos se atienen a sus criterios prescriptivos y los incorporan a sus prácticas como funcionarios.⁶⁸ En ese sentido, la *regla de reconocimiento* deviene justificación de la "Tesis de las Fuentes" y apología, en última instancia, de las fuentes mismas, ya que su efecto final consiste en atribuir carácter válido al producto del trabajo legislativo, reglamentario, judicial y punitivo que se realiza dentro de una sociedad.

No es fácil mantener la tesis hartiana en el nivel que su autor la situó. En realidad, la concepción de la *regla de reconocimiento* empata más de lo que Hart supone con la tesis kelseniana de la hipótesis básica; en muchos sentidos el contenido de la regla hartiana es una hipótesis, un supuesto cuyo sentido proviene de la generalización de una experiencia, y no de un acto positivo de creación. La *regla de reconocimiento*, por su naturaleza, se coloca detrás de las prácticas que sirven para su identificación pero, al mismo tiempo, Hart pretende que se convierta en guía normativa para la ejecución de dichos ejercicios. La circularidad del argumento es evidente. La vía de obser-

⁶⁵ *Ibidem*, p. 139.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 132.

⁶⁷ *Loc. cit.*

⁶⁸ *Ibidem*, p. 137.

vación externa conlleva a la visualización *a posteriori* de los criterios de identificación que practican de una manera regular legos y especialistas del derecho. La vía interna, por su parte, supone que los destinatarios de la regla la observen y la apliquen como una regla terminada y otorgada de antemano.⁶⁹ Hart pretende sustituir el carácter hipotético de la norma básica de Kelsen, con la afirmación de que la *regla de reconocimiento* consiste en ciertas prácticas de identificación oficial de las disposiciones jurídicas; sin embargo, su contenido y sus alcances concretos no dejan de ser principalmente un *supuesto* que otorga justificación a las fuentes jurídicas positivas. A pesar de que Hart afirma que la *regla de reconocimiento* existe fácticamente, en realidad nunca es derecho antes de que su contenido se concrete de una manera positiva en alguna de las piezas materiales del sistema.⁷⁰

Si Hart hubiera sido más consecuente con el carácter positivista de su método, quizá no habría requerido de una mediación entre los hechos y el derecho. Al consistir el sistema jurídico en un conjunto de hechos sociales, hubiera bastado con reconocer que el derecho es una variable de los procesos de construcción de orden dentro de la sociedad; que su fuerza se concentra en la forma en que justifica y estabiliza el sentido de un determinado régimen y, que sus requerimientos formales de tipo sistemático, provienen de las necesidades grupales mismas. La sociedad, para ordenarse, amerita un sistema regulativo con pretensiones de ser completo, coherente y efectivo; para conseguir ese propósito, se vuelve necesario distanciar relativamente al cuerpo regulativo del curso histórico inmediato. Las formulaciones sintéticas que engloban las reglas jurídicas presuponen un orden formal, *apriorístico*, a partir del cual se intenta la ordenación concreta de los agentes sociales. El sentido de los comportamientos grupales que las reglas jurídicas intentan prefigurar, tiene un carácter intencional y deliberado, en la medida en que los grupos humanos son capaces de anticipar el sentido de su organización y desarrollo. Pero Hart no siguió el camino directo de los hechos; sino que quiso explicar las necesidades sistemáticas del ordenamiento jurídico a partir del sentido normativo del derecho; de ese mismo sentido autónomo que él mismo proscribió en el prefacio de su obra. La *regla de reconocimiento* concreta el intento desesperado por situar la unidad y coherencia del sistema jurídico dentro de sí mismo, sin explorar la posibilidad

⁶⁹ *Ibidem*, p. 130.

⁷⁰ Cfr. RAZ, Joseph, *Razón práctica...* (n. 18), pp. 168 y ss.

de que dichos atributos sistemáticos provengan de las necesidades regulatorias de la sociedad y no del propio derecho.

La aceptación de la *regla de reconocimiento* por los miembros del grupo significa la aceptación de la *validez* de un régimen determinado y de un específico orden jurídico, considerado como sistema regulatorio integral. Cuando los funcionarios otorgan su disciplina oficial al sentido de los procedimientos positivos de producción jurídica y cuando los sujetos ordinarios son anuentes a someterse al sentido de las reglas positivas, lo que ambos grupos de agentes reconocen no es una regla última del sistema, sino la legitimidad integral que éste posee. Hasta hoy, todavía la mayor parte de los teóricos del derecho sostienen una posición inconsistente en relación con el carácter fáctico que tienen los sistemas jurídicos; siempre el énfasis termina depositándose en su carácter normativo. Aunque una cosa sea la norma y otra su acatamiento, ambos elementos se localizan en el terreno de los hechos sociales. El sentido ideal de los modelos regulativos del derecho es reflexión de los agentes de la sociedad que se concreta en arreglos institucionales determinados; las ideas en su conjunto son reflexiones en torno a la práctica social: productos de la realidad y, como tales, también realidades históricas.

Cuando Hart se resistió a calificar la *regla de reconocimiento* desde el punto de vista de la validez del sistema, aceptó implícitamente que dicha regla no mantiene un carácter normativo como las otras piezas del derecho; su condición fáctica se debe a la generalización del sentido de los actos históricos a través de cuales se establece el derecho en una sociedad. De la *regla de reconocimiento* se puede suponer su existencia, pero en cuanto regla última, no es posible deducir su validez de otra regla; su carácter final impide que ella pueda calificar y ser calificada a un mismo tiempo.⁷¹

La *regla de reconocimiento* culmina el intento por establecer un cierre relativo del sistema jurídico en relación con su entorno. A pesar de que Hart insiste una y otra vez en la naturaleza fáctica del derecho, por la textura peculiar del orden jurídico, este siempre evidencia un cierto grado de separación aparente respecto del contexto social. Desde la sociedad, el derecho se observa sobrepuesto a los hechos; sus imágenes no se alinean con las prácticas de una manera simple, ya que la propia sociedad parece requerir que el sistema institucional

y normativo por el que resuelve las controversias que se producen en su seno, no presente contradicciones internas; por ello, es necesario definir sus piezas a un elevado nivel de abstracción y plenitud, de manera que sea posible mantener el control interno del sistema e impedir la irrupción en su interior de los factores conflictivos de la realidad. Así, el sistema ordenador se preserva de las tendencias caóticas que cruzan el ámbito del objeto ordenado. Esta visión del derecho como sistema distanciado del contexto social, conlleva una dosis de insuficiencia crítica, porque siempre supone cierta incapacidad para penetrar y desmitificar la imagen de separación. A fin de cuentas el derecho es un producto social genuino y, en este sentido, su naturaleza es similar a los otros elementos culturales que produce la interacción de los agentes sociales.

2. La construcción ecléctica de Joseph Raz

2.1 El sistema jurídico en el macrosistema social

Las normas jurídicas no se manifiestan históricamente como entidades aisladas; su existencia y su sentido sólo se explican cabalmente cuando se las remite al sistema del que forman parte.⁷² El derecho, por su lado, no es concebible como unidad ideal; su contenido se integra por un conjunto sistemático de pautas coactivas que orientan el comportamiento social y autorizan la represión institucional contra los transgresores. Al margen de la experiencia concreta de los sistemas jurídicos, sencillamente no hay derecho.

Las categorías de norma y sistema se entrelazan como polos explicativos de los fenómenos jurídicos. Y mientras la norma depende de su pertenencia al sistema para ser comprendida en su cabal referencia ordenadora, el sistema debe a la norma el cauce de individuación que especifica su función como ordenamiento regulador. Entre los extremos sistema y norma, el otro factor que completa la triada principal de una teoría del derecho es la noción de sujeto, la cual, a su vez, se desdobra en una vertiente dual: la de los operadores del sistema y la de los destinatarios del sentido prescriptivo de las normas.

La teoría del derecho, según la expectativa raziana, tiene que satisfacer un doble enfoque: por una parte, debe explicar los nexos lógicos de las disposiciones jurídicas dentro del sistema; por otro lado,

⁷¹ HART, H. L. A., *op. cit.* (n. 1), pp. 134 y ss.

⁷² RAZ, Joseph, *La autoridad...*, *passim* (n. 17), pp. 130, 131 y 132.

ha de revelar el sentido social de los patrones *autoritativos* de comportamiento que se proyectan a través de las normas y se establecen como sistema de calificación institucional de la conducta.⁷³ Desde este punto de vista, el derecho se traduce en un sistema de razones prácticas que determinan, de forma excluyente, las decisiones y los actos de los sujetos a los que se dirigen. La comprensión de los elementos sistemáticos que ligán las disposiciones jurídicas es clave para entender la función que desempeña el derecho en la sociedad. Sin embargo, el vínculo entre la naturaleza sistemática del orden jurídico y la forma concreta en que el sistema se finca como guía del comportamiento, generalmente no puede observarse a primera vista. Los sistemas jurídicos irradian una imagen de sí mismos que los presenta como productos u obras absolutamente deliberadas de los agentes sociales. En la medida en que el derecho deviene criatura social, como lo sugieren los pensadores modernos en sus excesos voluntaristas, se pierde la posibilidad de analizar los fenómenos jurídicos como factores orgánicos de los grupos sociales.

Raz concibe al sistema jurídico como parte del macrosistema que contiene al régimen político de la sociedad. A partir de este enlace, hay una especie de consustanciación del derecho con el estado, que se origina en las pretensiones autoritativas de los órdenes jurídicos y en las necesidades de los regímenes políticos que ameritan contar con ejercicios gubernativos jurídicamente controlados.⁷⁴ En la obra *raziana*, obediencia y autoridad se fijan como los límites entre los que transcurre la acción ordenadora del derecho. La autoridad supone la capacidad de generar y transformar las situaciones sociales previamente estabilizadas por la acción de normas obligatorias; la obediencia, por otro lado, es una actitud de sumisión y acatamiento que implica la *creencia* en el carácter legítimo de la autoridad. El poder que nutre cualquier cualidad autoritativa consiste entonces en la posibilidad de alterar y desarrollar situaciones normativas. Una situación regulada jurídicamente se caracteriza porque los sujetos sociales han aceptado sustituir su capacidad de evaluar cada disyuntiva en la que tendrían que poner en juego un balance de razones, por una razón excluyente de tipo general, que se resuelve en la obediencia a una pauta específica de comportamiento.⁷⁵ El poder normativo se actualiza siem-

⁷³ RAZ Joseph, *El concepto...* (n. 22), p. 17.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 253.

⁷⁵ RAZ, Joseph, *La autoridad...*, *passim* (n. 17), pp. 34, 35 y 46.

pre que alguien transforma los patrones que estandarizan los motivos de obediencia de los agentes sociales, estableciendo una ruta nueva para la conducta.

Es difícil dilucidar si el derecho genera su propia autoridad; en todo caso, ésta no derivará de ningún proceso de validación moral. En la obra de Raz, la autoridad del derecho parece provenir del régimen político. Por la forma en que los sistemas jurídicos incorporan en su seno valores y normas procedentes de otros sistemas regulatorios, se hace posible acoger los influjos de la autoridad positiva del régimen político y convertirla en la autoridad del orden jurídico. Así, la obediencia al derecho por parte de los sujetos sociales es en realidad fidelidad a un sistema. Sin embargo, el derecho ayuda a que este presupuesto de aceptación y creencia en la legitimidad de una autoridad, no se muestre de manera directa, sino que adquiera en su manifestación la forma de sumisión a un régimen autoproducido y, en cualquier caso, impersonal y racionalizado.

La autoridad del derecho supone la obligatoriedad de sus disposiciones. Los rasgos jurídicos más característicos tienen que ver con la forma peculiar en la que el derecho organiza la obediencia; esto es, generando un motivo estándar que los sujetos aceptan como razón justificada para someterse.⁷⁶ Dicha justificación nunca es absoluta, porque pende de circunstancias aleatorias y de la capacidad irrenunciable de los agentes sociales para disentir. Así, aunque los sistemas jurídicos no reúnen en todos los casos cualidades autoritativas, siempre las pretenden. El proceso de legitimación del orden jurídico es una variable móvil que se ajusta de acuerdo con las mutaciones del sistema de creencias del grupo social. A pesar de la relatividad que envuelve los procesos de justificación de los sistemas jurídicos, es claro que la autoridad del régimen político se mantiene como el núcleo que proyecta los radios ordenadores de la actividad social. Las directrices regulativas que la sociedad desarrolla a favor del régimen de dominación proceden de la autoridad, así tenga ésta una textura de tipo democrático. En la obra de Raz, no se trasluce la forma en que los agentes sociales construyen el régimen político a partir del cual se ejerce el control institucional del comportamiento social; sin embargo, el orden deviene en mayor grado producto de la autoridad, que obra de los miembros del grupo.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 51, así como RAZ, Joseph, *El concepto...* (n. 22), p. 116.

El enfoque raziano no conduce a la justificación moral del sistema jurídico, sino a la explicación de sus funciones en un contexto de organización más amplio. La relación entre sistema jurídico y macrosistema social amerita el desarrollo de una tesis para identificar los límites del derecho y distinguir sus contornos respecto de los otros sistemas ordenadores de la conducta. El cierre del derecho no se encuentra solamente en sus criterios intrasistemáticos, sino también en la práctica de los órganos que aplican sus disposiciones. Hay límites formales que atañen a la estructura normativa del derecho y al ámbito de validez de sus disposiciones; pero existen también fronteras reales, que se delinean por la forma en que los órganos jurisdiccionales reconocen y operan en los hechos el material jurídico.⁷⁷ Los sistemas de derecho conservan su clausura relativa gracias al balance entre la aplicación de las disposiciones normativas en cuanto pautas generales, y su correspondiente grado de eficacia. Dicho en otros términos, la identificación del material jurídico por parte de los órganos jurisdiccionales no se realiza al libre arbitrio de los funcionarios, sino que éstos deben seguir pautas obligatorias para el reconocimiento de las disposiciones jurídicas. Del grado de cumplimiento de dichas pautas, se pueden pergeñar los límites reales del derecho y la existencia concreta de sus disposiciones.⁷⁸

Superados los argumentos que enfatizan los aspectos que ayudan a la distinción del material jurídico, Raz insiste en considerar al derecho como sistema que soporta la obligatoriedad de otros ordenamientos regulativos del comportamiento social.⁷⁹ La moral, por ejemplo, suele encontrar en las instituciones jurídicas los cauces para la concretización de ciertos valores, cuyo sentido se beneficia de los factores técnico-operativos que caracterizan al sistema jurídico. Y las normas no solamente pesan porque confieren la posibilidad de utilizar garantías coactivas; son importantes asimismo porque sus fórmulas expresivas establecen patrones con un alto grado de comunicabilidad. Las pautas de obediencia se difunden a través de un lenguaje probado y decantado en la práctica judicial; también en los ámbitos dogmáticos la depuración práctica de los enunciados jurídicos y el control doctrinario de sus significados, proporcionan el vehículo idóneo para la difu-

⁷⁷ RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), p. 144.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 149.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 153.

sión de cualquier contenido valorativo entre los miembros de la sociedad.

2.2 La articulación de los sistemas jurídicos

Los sistemas jurídicos representan conjuntos unitarios cuyos elementos se homologan a dos niveles: en el nivel material, se registran las disposiciones jurídicas y las instituciones que crean y aplican el derecho; en el nivel formal, el objeto a considerar son los criterios intrasistemáticos del orden jurídico. La propuesta de Raz admite la mezcla de entidades formales —como las normas y los principios que las identifican y las relacionan—, con elementos materiales; tal es el caso de los aparatos de creación y aplicación del derecho. No hay pruritos dirigidos a diferenciar los aspectos concretos de los que no lo son. Esto supone que Raz mantiene su convicción positivista y por eso coloca en una misma secuencia el sentido prescriptivo del derecho, su naturaleza sistemática, y el reflejo concreto que todo esto produce en la sociedad.

Entre los datos más relevantes de un sistema jurídico, Raz focaliza tres: el normativo, que alude a las disposiciones jurídicas como pautas de comportamiento o, más concretamente, como organizadoras de un sistema de razones para la acción; el institucional, que corresponde al carácter especializado de los órganos que crean y aplican el derecho y, finalmente, el coactivo, que conduce a la garantía ulterior de las disposiciones jurídicas, cuyo sentido siempre entronca con la fuerza.⁸⁰ Raz, a semejanza de Hart, no comparte el punto de vista de quienes localizan la diferencia específica de lo jurídico en sus rasgos coactivos; su posición se orienta hacia la combinación acendrada de las tres vertientes que identificó; la conjunción de elementos es la que confiere al derecho su propia dimensión. Así, en lo normativo radican los patrones de calificación que proyecta el orden jurídico; en lo institucional, las formas concretas de ejecución autoritativa, y en lo coactivo, la interiorización de la fuerza que lo sostiene, a la que, por su parte, el derecho le aporta un influjo racionalizador que metodiza su ejercicio.

Según lo propone Raz, la misión de la teoría del derecho consiste en penetrar las cuatro áreas críticas vinculadas a la naturaleza siste-

⁸⁰ RAZ, Joseph, *El concepto...* (n. 22), p. 19.

mática de los órdenes jurídicos: existencia, identidad, estructura y contenido.⁸¹ Los criterios que sirven para la identificación de estos factores no son todos de naturaleza intrasistemática, como podría sugerirlo una primera mirada al asunto. En cada uno de los rubros problemáticos anotados, concurren aspectos de carácter fáctico que obligan a efectuar el análisis de los sistemas jurídicos con un ojo puesto en los elementos de tipo lógico-normativo, y con el otro dedicado a la observación de los impactos sociales en el sistema. Las cuatro áreas apartadas reciben una dedicación asimétrica en la obra de Raz: los problemas de existencia y contenido son apenas esbozados; en tanto que los relativos a la estructura y pertenencia, reciben un énfasis analítico mayor.

En lo que respecta a las cuestiones de tipo estructural, Raz sigue el trazo hartiano; es decir, comparte la idea de que el derecho está compuesto por dos niveles regulativos: uno atingente a la sociedad en general; otro, dirigido a normar el trabajo de los órganos especializados del derecho. Sin embargo, el pensamiento raziano presenta avances relativos en relación con lo que podría denominarse la "tesis de la individuación" del material jurídico. Bajo este orden de ideas, se pretende encontrar la *mínima unidad* de la materia jurídica que abarque los rasgos característicos del sistema. En contraste con Hart, Raz señala a la disposición jurídica —y no a la regla— como unidad analítica básica. No todas las disposiciones jurídicas encarnan la estructura de una norma, ni todas las normas pueden tipificarse en el modelo dual que sugiere la obra hartiana. Para Raz, por ejemplo, las reglas que otorgan potestades para la creación jurídica de tipo legislativo, no son auténticas normas, aunque les reconoce carácter de disposiciones jurídicas; esto mismo sucede con las disposiciones permisivas, las cuales autorizan un campo de posibilidades para la acción, pero no establecen una guía concreta para realizar determinada conducta.⁸²

Según Raz, los sistemas jurídicos admiten el análisis desde dos variables temporales distintas: el *tempo* genético y el *tempo* operativo. Los procesos genéticos contienen las relaciones jerárquicas y de validez que se suscitan entre las disposiciones jurídicas; bajo este supuesto, lo que se busca es la reconstrucción retrospectiva de la de obligatoriedad de una norma. Así, el análisis debe conducir de una determinada disposición jurídica a otra que autoriza su creación; las

⁸¹ *Ibidem*, p. 18.

⁸² *Ibidem*, pp. 174 a 176.

relaciones estructurales genéticas permiten un ejercicio retráctil que evidencia el sentido de los procesos de creación del material jurídico. Entonces, las disposiciones jurídicas devienen signos visibles de las secuencias evolutivas del derecho. Desde tal perspectiva, el *tempo* del ordenamiento se extiende a lo largo de sus cadenas de validez. En cambio, cuando se atiende a la estructura operativa del sistema, no es posible dilatar el análisis más allá de sus impactos momentáneos. Se trata, en este último caso, de registrar los efectos actuales del sistema jurídico. Los procesos operativos constituyen el presente del derecho y, a través de su *tempo* instantáneo, se concreta la positividad del sistema. Si las dos vertientes temporales se contemplan simultáneamente, permiten remontar el sentido actual de las disposiciones del ordenamiento, elevando el análisis hasta su origen normativo y, en sentido contrario, se hace posible transitar desde el origen genético de las disposiciones jurídicas hasta sus efectos actuales.⁸³ La tesis de los dos *tempos* del derecho autoriza el tratamiento de la cuestión en términos de coyuntura y de duración estructural. Se trata en todo caso de una idea sugerente que hace compatible el análisis raziano con la teoría sociológica de la estructuración.

2.3 Las funciones del sistema

Uno de los temas más frecuentemente desdeñados por los teóricos del derecho, antiguos y modernos, ha sido el de la caracterización de las funciones sociales de los sistemas jurídicos. Raz advierte con razón que este soslayamiento es injustificado, puesto que una explicación cabal del derecho no se puede desentender de los efectos concretos del sistema y, sobre todo, de su específico sentido ordenador.⁸⁴ Visto el problema desde la perspectiva de las necesidades sociales, Raz apunta que la vida en común requiere el establecimiento de patrones de abstención, cooperación y coordinación.⁸⁵ Los sistemas ordenadores de la sociedad trabajan en favor de fórmulas balanceadas, mediante las cuales se intenta equilibrar la acción de los sujetos sociales con las necesidades del grupo. Sobre la forma en que el derecho proyecta pautas de interacción y ordena los comportamientos sociales, Raz desplanta una tipología de las funciones del sistema que incluye

⁸³ *Ibidem*, pp. 219 a 223.

⁸⁴ RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), p. 207.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 71.

tanto los efectos deliberados, como los que se causan sin premeditación. El criterio discriminatorio inicial separa las funciones directas de las indirectas; las primeras, tienen asegurada su realización por la aplicación y el acatamiento del derecho; las segundas, involucran las reacciones sociales frente al sistema jurídico y, en ese terreno, su efectividad tiene siempre un carácter aleatorio.⁸⁶

Las funciones directas engloban dos subtipos de contenidos: a) el de las funciones primarias, que se expresa en tareas como: el control del comportamiento y represión; el otorgamiento de medios para el desarrollo de la interacción privada; la regulación de la distribución social de bienes y servicios y, finalmente, la resolución de disputas no previstas por la regulación positiva; y b) el de las funciones secundarias, a las que también puede denominarse intrasistemáticas y que se refieren a las tareas que constituyen el segundo nivel regulativo del derecho; son en todo caso funciones atingentes a la condición de las normas dentro del sistema.⁸⁷

No abundan las aserciones razianas que ayuden a reconstruir la línea de continuidad entre funciones primarias y secundarias. Sin embargo, hay algunas afirmaciones aisladas sobre la relación entre derecho y fuerza que pudieran resultar orientadoras. Un sistema jurídico restringe y autoriza el uso de la fuerza; a su vez el derecho descansa en una maquinaria de ejercicio centralizado donde se concentra la energía coercitiva del régimen político. Bajo esta doble referencia, es posible afirmar que el contenido sustancial del orden jurídico consiste en la imposición de patrones de comportamiento deseable y la represión de conductas indeseadas. Las normas que corresponden a la estructura imperativa del derecho son las que guardan una relación más próxima con los mecanismos coercitivos y, de alguna manera, todas las otras disposiciones del sistema, están vinculadas con ellas a través de relaciones serviles de diverso grado. Es posible establecer entonces una jerarquización de las funciones del derecho que van, desde la regulación imperativa de las normas penales y de responsabilidad civil extracontractual, a los mecanismos más sutiles de las normas de planeación, en cuyo contenido apenas se percibe la sombra coactiva del ordenamiento jurídico. Las normas fuertes del sistema son las que aportan sentido a las demás; las otras deben subordinarse a la conservación de su coherencia, actualización y operación. Esto no

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 212 y ss.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 213 y ss.

quiere decir que las disposiciones que otorgan facultades y potestades públicas no tengan rango propio; lo que se afirma solamente es que, en última instancia, el sentido del sistema depende de las disposiciones que realizan la función primaria del derecho.⁸⁸

En relación con las funciones indirectas es poco lo que Raz desarrolla, pero no obstante su frugalidad teórica, proporciona apuntes valiosos al respecto: las funciones indirectas consisten en las reacciones de los agentes sociales frente al derecho y en la interacción del sistema jurídico con las normas y las instituciones pertenecientes a otros sistemas regulatorios. Desde la primera hipótesis, el derecho provoca un cambio en la naturaleza de las reacciones críticas que generan los comportamientos antisociales, al encauzar institucionalmente las respuestas del grupo. El sistema jurídico regula la organización de las sanciones y racionaliza el ejercicio violento de la fuerza. Desde la segunda hipótesis, el derecho engarza los sistemas ordenadores de la sociedad y los subordina al sentido principal del régimen político; es decir, el ordenamiento jurídico cohesiona los subsistemas regulatorios y los somete al mismo control que ejerce sobre sus disposiciones.⁸⁹ Así, el derecho realiza una función que lo trasciende desde el punto de vista de su ámbito material, pero que lo actualiza desde la óptica de sus influjos reguladores en la sociedad.

2.4 Rectificaciones a la tesis de la regla de reconocimiento

Cuando Raz trata los problemas de pertenencia de las disposiciones jurídicas, cuestiona parcialmente la tesis hartiana de la *regla de reconocimiento*. Las objeciones referidas tienen que ver con el carácter único de la regla y con la poca claridad relativa a su origen y contenido específico.⁹⁰

Desde la perspectiva raziana, el criterio último de validez de un sistema jurídico no deriva de ninguna regla, sino que radica en un principio teórico que justifica la unidad del sistema. Esta afirmación adquiere relieve especial porque ninguno de los juristas paradigmáticos del presente siglo se había atrevido a situar, de plano, la justificación de los criterios de validez fuera del derecho y al margen también de la moral. Según el punto de vista de Raz, el orden jurídico debe

⁸⁸ *Loc. cit.*

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 221 y ss.

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 126 a 128.

tener tantas *reglas de reconocimiento* como órdenes concretas de aplicar el derecho se dirijan a los funcionarios que realizan esta función. Raz atribuye el carácter de *regla de reconocimiento* sólo a aquellas disposiciones jurídicas que se encuentran formalmente integradas al sistema y que, además, imponen la obligación a los órganos jurisdiccionales de aplicar determinadas normas a la solución de problemas específicos.⁹¹

Hart ubicó a la *regla de reconocimiento* en el ámbito de las reglas secundarias, porque la función que le atribuyó fue de naturaleza intrasistemática; para Raz en cambio, la regla en cuestión es una disposición que impone deberes, en la medida en que sus mandatos obligan directamente a los funcionarios que efectúan el trabajo de identificación y aplicación del material jurídico.⁹² De hecho, Raz sustituye a la *regla de reconocimiento* de tipo hartiano por un principio orgánico, según el cual las instituciones jurisdiccionales están obligadas a aplicar el derecho vigente para resolver las controversias de las que conocen. Dicho principio puede o no tener sede normativa en alguna disposición vigente, pero su existencia condiciona de un modo total la eficacia del sistema. El argumento raziano que destaca el carácter obligatorio de la tarea de juzgar, admite cierta flexibilidad, cuando la carencia de una norma anterior, fuerza al órgano jurisdiccional a integrar la laguna en cuestión mediante un juicio propio. En esta última hipótesis, es posible que, si la norma autoriza al juzgador, éste aplique disposiciones de otros sistemas normativos, ampliando así el cúmulo de las respuestas jurídicas posibles.⁹³

Siempre resultará encomiable que Raz se haya decidido a terminar con la generación de fantasmas cognoscitivos como la *norma básica kelseniana* o la *regla de reconocimiento* de Hart; en ambos casos, el punto que sustenta la validez del sistema se había situado artificialmente dentro del ordenamiento jurídico. La explicación de Raz permite ver con toda claridad que los esfuerzos por dar una justificación de tipo formal al origen del sistema jurídico, resultan infructuosos. La legitimidad del derecho no se debe a sí mismo, sino que necesariamente se deposita en el sistema de *creencias* de los sujetos del grupo y en la situación de prevalencia de los gobernantes de un

⁹¹ *Ibidem*, p. 128.

⁹² RAZ, Joseph, *Razón práctica...* (n. 18), pp. 169 y ss.

⁹³ RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), p. 128.

régimen.⁹⁴ Seguramente el derecho requiere de ciertos soportes lógicos como lo sugirió Kelsen; sin embargo, éstos no tienen el carácter de reglas del sistema. Tales principios lógicos no son estrictamente necesarios para la operación del derecho; su papel tiene relevancia sólo en determinado plano de las justificaciones teóricas.

III. LA VERTIENTE JURÍDICA INSTITUCIONAL

1. H.L.A. HART y la búsqueda de la unidad oficial del sistema

1.1 *El derecho es un sistema con zonas de penumbra*

Como sistema ordenador y como parámetro de calificación de la conducta el derecho enfrenta el problema de señalar sus alcances y sus límites. Cualquier lenguaje ordenador acusa insuficiencias en su poder comprensivo cuando se enfrenta a la infinita diversidad de la realidad. Hay casos que escapan a la capacidad de anticipación de los legisladores y que, por su diferencia, no pueden tipificarse en los moldes normativos construidos con anterioridad. El poder anticipatorio del derecho no depende de que sea completo, porque en este sentido cualquier pretensión resulta corta. La verdadera aptitud de adaptación y desarrollo de los sistemas jurídicos radica en que sus autores reconozcan que el ordenamiento admite lagunas pero, a cambio, prevean la existencia de procedimientos para superarlas.⁹⁵

Los contenidos regulativos del derecho no pueden generarse al margen de la experiencia social; en última instancia, las reglas del sistema operan sobre conductas regulares que la costumbre ha sedimentado. ¿De dónde entonces pueden generarse las reglas necesarias para integrar las lagunas que presentan los sistemas jurídicos? Para responder esta cuestión en términos hartianos, hay que entender que el derecho obtiene su fuerza ordenadora de la congruencia con el orden efectivo de la sociedad; por lo tanto, el contenido de las nuevas reglas y soluciones sólo puede provenir de la extrapolación del sentido de las reglas indiscutidas del sistema. En la medida que los enuncia-

⁹⁴ RAZ, Joseph, *Razón práctica...* (n. 18), p. 199.

⁹⁵ Cfr. HART, H. L. A., *op. cit.*, *passim* (n. 1), pp. 155 y 159; también HART, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Ed. De Palma, 1962, pp. 38 a 40.

dos regulativos sean comunicables, se puede pensar en trasladar algunos de sus elementos a través de cotejos y analogías a los casos que se encuentran en penumbra. Así, el derecho atiende a la realidad de dos maneras: a través de un cuerpo de reglas probadas y de aplicación indiscutible y, también, a partir de la capacidad controlada del sistema para ampliar sus alcances hacia las zonas menos claras.⁹⁶ Únicamente bajo estos dos extremos, el sistema jurídico puede presentarse como un orden regulativo que mantiene la pretensión de ser completo.

Lo que Hart llama "textura abierta" del derecho, se refiere precisamente a la insuficiencia regulativa de los sistemas que ordenan la conducta.⁹⁷ En la medida que el derecho sintetiza el sentido de la acción social y lo encuadra en fórmulas regulativas de alcance general, se genera un riesgo concomitante: el del sacrificio de la diversidad. Así las cosas, la falta de certeza en relación con una zona marginal de casos no comprendidos en las fórmulas generales del derecho, es el precio que el sistema debe pagar por manejarse en un grado elevado abstracción. La suficiencia regulativa anticipada no puede ser un ideal para ningún sistema normativo. El carácter dinámico de la vida social amerita que los órdenes reguladores mantengan zonas abiertas para recibir las disposiciones que habrán de solventar los estímulos imprevistos.⁹⁸

Precisamente en torno al carácter semiabierto del sistema jurídico Hart identifica dos tipos extremos de respuesta: por una parte, el *formalismo* intenta el sacrificio de la diversidad, confiando a las dotes anticipatorias de los legisladores la suerte del derecho. Desde este punto de vista, el sistema jurídico se reduce a sus posibilidades mecánicas elementales y se deja al margen la recepción inmediata de cualquier gama de situaciones novedosas. Así, el derecho se adapta a las nuevas condiciones sociales sólo a través de movimientos legislativos a *posteriori*. El otro extremo lo representan quienes descansan el desarrollo del derecho en el juicio de elección que llevan a cabo los tribunales, al seleccionar el criterio normativo aplicable para la solución de una controversia. Una respuesta de este tipo es característica de aquellas corrientes del pensamiento jurídico que han prohiado el *escepticismo ante las reglas*. Se trata de una posición radical que no

⁹⁶ HART, H. L. A., *El concepto...* (n. 1), p. 162.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 168.

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 190 y ss.

reconoce ninguna capacidad de antelación a los órganos creadores de las disposiciones generales del sistema jurídico. Para Hart, *formalismo* y *escepticismo ante las reglas* son tipos de reacción exacerbada ante el problema de la "textura abierta" del derecho.⁹⁹ Estos dos polos antagónicos son útiles sólo en la medida en que se neutralicen y resulten funcionales para pensar una solución de compromiso entre ambos bandos.¹⁰⁰ Con la pretensión de ofrecer una explicación equilibrada del problema, Hart puntualiza que no puede perderse de vista el rasgo principal de los sistemas jurídicos; éstos son, antes que nada, sistemas que agrupan reglas generales de conducta, las cuales se aplican normalmente a un número mayoritario de casos seguros. Por otra parte, a la luz de la variabilidad de las circunstancias, es necesario que los órdenes jurídicos conserven inacabado un sector de su cuerpo regulativo, para que pueda ser desarrollado por la acción de los tribunales y de los funcionarios al solventar determinadas controversias de intereses. La acción principal del derecho se realiza a través de la función regulativa de carácter general; pero los ajustes del sistema y su implantación concreta en la sociedad, se lleva a cabo a través de la acción integradora que se destina a ocupar el margen indefinido del derecho. Los dos niveles son indispensables para que el sistema funcione adecuadamente en la sociedad.

La diversidad de la vida social provoca flujos permanentes de presión sobre el sistema jurídico. Las reglas del derecho conservan siempre un grado controlable de tensión, porque en múltiples ocasiones no se adaptan de manera total e inmediata al sentido fáctico de las causas planteadas. Sin embargo, los aparatos especializados en la creación y aplicación del material jurídico deben constituir una zona de amortiguamiento que procese y mitigue los embates de la realidad; esta tarea tendrá que realizarse sin que asfixie los estímulos fácticos, porque de la sensibilidad para su recepción depende la suerte histórica del sistema jurídico. El derecho debe procesar técnicamente los estímulos externos y convertirlos en material regulativo en el mediano plazo. De este modo, la realidad social podrá ubicarse como factor principal de desarrollo del derecho y, por su parte, el sistema jurídico estará en condición de consumir su función primordial, actualizando su capacidad ordenadora de la vida del grupo.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 169 a 172.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 183.

1.2 El perfil difuso de la autoridad

Cuando Hart realiza la crítica del modelo básico austiniano deja claro que la visión simplificada que ofrece ese paradigma del material jurídico, no permite reconstruir las especificidades sistemáticas del derecho. Las limitaciones del modelo básico no se refieren sólo a la omisión de las reglas que otorgan facultades, sino también a una caracterización lineal del soberano, cuya posición suprema lo sitúa incluso por encima del sentido prescriptivo del orden jurídico. Al no existir en dicho modelo una referencia precisa a las potestades jurídicas que especifican las funciones públicas, se dificulta la explicación del papel conformador que la noción del derecho ejerce sobre los órganos de gobierno.¹⁰¹ Hart no tuvo ningún prurito para afirmar que las reglas jurídicas son *constitutivas* del soberano, deslindándose así de cualquier posición que atribuya al gobernante una situación de independencia en relación con el carácter obligatorio del derecho.

A pesar de que la indicación crítica de Hart contra el modelo de Austin resulta sustancialmente correcta, también es cierto que parece insuficiente para servir de base a la caracterización del fenómeno de la autoridad y de su relación con el derecho. Una teoría como la hartiana, que admite que el sedimento último del sistema jurídico consiste en un conjunto de prácticas sociales regulares, y que su función deviene fundamentalmente ordenadora, hace indispensable una noción de autoridad con anclaje franco en el concepto de poder. Es difícil entender la función de los órganos públicos que manejan el segundo nivel ordenador del derecho; es decir, las funciones de creación, adaptación y aplicación de las reglas del sistema, sin contar con una visión adecuada de los procesos que dan vida al régimen político y que operan la transformación de las prácticas sociales en órganos de gestión de las tareas públicas.¹⁰²

Hart dejó enfáticamente asentado que el derecho no sólo constriñe sino que también habilita; su noción de reglas facultativas permite observar el carácter integrador del sistema jurídico fuera de la perspectiva de las reglas imperativas. Este mismo argumento hubiera sido predicable acerca del poder y, particularmente, del poder jurídicamente organizado. La autoridad implica la delegación del poder en una organización, en tanto que el sentido y la regularidad que carac-

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 95.

¹⁰² Cf. RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), p. 130.

terizan a dicha organización, obedece al balance entre el control represivo y el carácter habilitante que generan, tanto las reglas que ordenan los comportamientos, como los recursos materiales que se despliegan para la instrumentación del poder. Una visión global de este proceso hubiera tenido que sustentarse en el análisis de los efectos sociales del derecho desde la óptica de la dominación. A pesar de que las alusiones de Hart sobre el tema son escasas, resultan suficientes para revelar que el autor tuvo conciencia de este problema y que intencionalmente lo soslayó.

Cuando Hart bocetó el contraste entre validez jurídica y valor moral evidenció que cualquier sistema social mantiene en su base un patrón de abstenciones mutuas por parte de sus miembros. Sin embargo, no todos los integrantes de un grupo están dispuestos a brindar cooperación voluntaria a través de la automoderación de la conducta; eso vuelve necesario un sistema impositivo que se sobreponga a las eventuales resistencias de los sujetos.¹⁰³ Pero aunque el ordenamiento jurídico se implante por la fuerza, siempre requerirá un margen de cooperación voluntaria que sostenga de manera espontánea su sentido prescriptivo. Es claro que la aceptación no es el único resorte sobre el que trabaja el sistema y, en el caso específico del derecho, tal vez ni siquiera sea la fuerza principal. Dentro de un escenario de poder ningún tipo de aquiescencia funciona sobre la base exclusiva de una motivación directa. Por eso, no se debe perder de vista la importancia que el sistema de sanciones tiene para el derecho y, asimismo, reafirmar que, lo que para unos sujetos resulta constreñimiento, para otros es habilitación y potestad.

Hart está consciente de que el poder coercitivo del derecho se encuentra apalancado en la autoridad y que puede ser utilizado en dos sentidos principales: a) para infligir castigo a los transgresores, provocando bien su concurso forzoso en las tareas sociales, o bien su exclusión, y b) para sojuzgar y mantener en una posición de inferioridad a un grupo de agentes sometidos, cuyo número puede ser mayor o menor, según se imbriquen las condiciones de dominación con la capacidad de resistencia del ordenamiento.¹⁰⁴ Como se observa, Hart tiene presente el riesgo potencial que apareja la centralización del ejercicio del poder y sabe también que sus proyecciones generan un efecto de exclusión inevitable sobre los sujetos sociales, cuyas convic-

¹⁰³ HART, H. L. A., *El concepto...*, *passim* (n. 1), pp. 244 248 y ss.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 249 y ss.

ciones no están representadas por el sentido prescriptivo del ordenamiento. Bajo esta perspectiva, no extraña la conclusión de que la efectividad y la resistencia de un orden regulatorio estén directamente ligadas con la capacidad del sistema para integrar las expectativas de los miembros del grupo. La exclusión lisa y llana de intereses mayoritarios, tarde o temprano provoca desestabilización y crisis. El corolario hartiano al respecto, se expresa así: "el poder coercitivo del derecho presupone su autoridad aceptada", a lo que podría agregarse, que la *aceptación* depende de la capacidad del ordenamiento para integrar pretensiones alternativas.¹⁰⁵

El carácter relativamente abstracto del material jurídico opera una despersonalización en el ejercicio del poder y favorece su institucionalización. Los órganos del sistema se instrumentalizan a través del sentido técnico de su práctica. Este proceso formalizador encubre el sentido asimétrico de las relaciones sociales que radican en la base de un determinado régimen de dominación. Hart hace pocos intentos por revelar el carácter instrumental de las reglas y las instituciones jurídicas y por establecer su vinculación con los propósitos específicos de los agentes sociales. Así, en cuanto ordenamiento aparentemente neutral y anónimo, el derecho regulariza la obediencia y afianza la posición de los sujetos que se ven favorecidos con las ventajas del sistema.

Para completar los argumentos en torno a la relación derecho-poder hay que señalar que Hart no elude el tema de la función del sistema jurídico como garantía del proceso de jerarquización social; por el contrario, su obra exhibe una clara conciencia de que el derecho genera cierres parciales alrededor de clases determinadas de agentes sociales, con la consecuente exclusión de otros grupos y sujetos.¹⁰⁶ Estos ámbitos regulativos que imponen restricciones se convierten de forma normal en circuitos de asignación de privilegios, porque los derechos que confieren a los beneficiarios de los grupos cerrados en cuestión, resultan inaccesibles para los sujetos que se encuentran al margen de tales subsistemas. El problema que plantea la caracterización de la justicia como contenido del sistema jurídico, obliga al análisis de la forma en que el derecho jerarquiza y excluye a determinados agentes sociales, cuando se actualizan sus funciones de distribución y de organización dentro de los grupos.¹⁰⁷ Bajo este punto de vista, el sistema

¹⁰⁵ *Loc. cit.*

¹⁰⁶ *Loc. cit.*

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 198 y ss.

jurídico efectúa enlaces no visibles entre los agentes que se encuentran disfrutando de ciertos privilegios, y aquellos que resultan excluidos de tales prerrogativas. Siguiendo la secuencia de estos enlaces soterrados, el derecho se ofrece como un régimen que fija desigualdades y legítimas exclusiones. Por ejemplo, en el ámbito del derecho de propiedad, al habilitar la ley a los titulares del derecho para realizar actos exclusivos de aprovechamiento de los bienes, traza un margen de exterioridad al que confina a todos los sujetos no propietarios. El modelo de aprovechamiento individual de los bienes, establece vínculos de relación que afianzan al titular del derecho frente a quienes no tienen la misma condición jurídica. De este modo, el régimen de las relaciones patrimoniales, termina siendo el régimen de vinculación entre los propietarios y los no propietarios.

A pesar de los señalamientos anteriores, en la obra de Hart se extravía por largos momentos la función que desempeña el derecho en los procesos de dominación. De hecho, la asignación de funciones a la que Hart dedica mayor atención se refiere a una mera división "técnica" de las tareas jurídicas, entre los funcionarios del sistema y los agentes ordinarios. A unos les corresponde desarrollar el ordenamiento, a otros acatarlo; sin embargo, en este proceso no se trasluce la forma en que la autoridad se construye. Tampoco queda esclarecido el modo concreto en que la autoridad del derecho se beneficia de la autoridad política. Hart deja incompletas sus explicaciones al respecto al no penetrar en los vericuetos de la dialéctica de la dominación, que tanto revuelo han despertado entre los sociólogos de los dos últimos siglos.

1.3 La organización oficial del sistema

Existe un interesante problema cognoscitivo en torno a los procesos de concretización del derecho en la sociedad, al que es pertinente atender, más si se reconoce que las reglas son *hechos* generadores de hechos. Siguiendo este orden de reflexión, resultaría lógico colocar en una misma línea explicativa las reglas jurídicas que integran el derecho y las instituciones u órganos encargados de la reproducción del sistema. Así, el ordenamiento jurídico tendría un pie formal, que contendría las reglas en cuanto directivas de conducta, y un pie material, cuya proyección incluiría las instituciones encargadas de crear, aplicar y adaptar el material jurídico vigente. Dicho en otros térmi-

nos, el derecho sería, tanto cuerpo de reglas, como conjunto de aparatos que encarnan las experiencias sociales de un grupo en torno al sistema jurídico. A pesar de que los planteamientos hartianos no contienen una deficiencia expresa en este sentido, no parece lejana la posibilidad de extrapolar de *El Concepto del Derecho* una visión dual y comprensiva de los fenómenos jurídicos. En realidad, Hart no pone una distancia significativa entre el derecho y las prácticas sociales regulares; incluso la autoridad que reviste los materiales jurídicos provienen de un tipo especializado de práctica, cuya base consiste en la aceptación por parte de los agentes del grupo de las reglas que guían la acción de los órganos especializados. Una visión de este tipo conduce de manera cierta a la consustancialización parcial del ordenamiento jurídico con el régimen político; no por casualidad fue ésta la conclusión a la que llegó Raz en años posteriores.

En las tesis hartianas radica la convicción de que el sistema jurídico de una sociedad compleja funciona en tanto que persista una relación eficiente entre los operadores especializados del sistema y su cuerpo de disposiciones intrasistemáticas. A pesar de que las reglas del derecho deben guiar el comportamiento de los tribunales y de los órganos de creación, su eficacia dependerá, en última instancia, de la forma peculiar en la que dichos órganos acaten y operen el material jurídico. Los aparatos del sistema realizan una mediación efectiva entre las fórmulas abstractas que contienen las reglas y las prácticas sociales en particular. La tipificación de la realidad en los parámetros regulativos es, asimismo, parte de la función especializada de los agentes habilitados por el derecho para su operación. Lo que no queda plenamente explicado en la obra de Hart, es cómo ocurren los trasvases del sentido popular de ciertas prácticas sociales en los moldes regulativos e institucionales que establece el derecho. No sería coherente a estas alturas del análisis hartiano, que el autor se hubiera abandonado a la visión voluntarista de los procesos sociales y hubiese entendido que, a través de las decisiones selectivas de los agentes especializados, llegara a consumarse la transformación de prácticas en normas. Una explicación de este tipo tendría que ser contrapesada con el análisis de los procesos efectivos de sedimentación de los comportamientos, partiendo desde los hábitos más elementales, para terminar en la integración institucional más compleja. Un ejercicio de esta naturaleza ya ha sido realizado por la sociología; sin embargo, lo atractivo desde el punto de vista del derecho, sería recons-

truir este trayecto en forma paralela a la explicación de los procesos de creación y aplicación del material jurídico. La visión acompañada del proceso, podría proporcionar claves importantes para la explicación de las funciones sociales del derecho y para el entendimiento de las relaciones que éstas guardan con el proceso de institucionalización dentro de la sociedad.

Si la relación de los órganos especializados del orden jurídico con las reglas secundarias no tiene como trasfondo una comprensión elemental del carácter prescriptivo del sistema por parte de los agentes ordinarios, cabe la presencia de una disfunción o, como le llama Hart, de una patología del sistema.¹⁰⁸ Un hecho caótico de este tipo haría posible un desfase entre el sentido del marco regulatorio del grupo social y la forma concreta en la que se construyen las experiencias sociales. Para evitar tales despropósitos sería deseable que la institucionalidad del derecho fuera producto de la positivización de los valores genuinos del grupo; de otra suerte, las reglas no reflejarán la recursividad efectiva de las prácticas sociales y tampoco, en consecuencia, podrán orientar tales comportamientos. En las reglas jurídicas subyace la necesidad de que su contenido se proyecte como una metodización de las motivaciones sociales pero, para que eso ocurra, los sujetos deben sentir reflejados sus intereses en los enunciados prescriptivos. El ciudadano común no expresa su aceptación sólo a través de la conformidad con las reglas, sino que también ha de manifestar su aquiescencia en relación con los actos oficiales que concretan las tareas intrasistemáticas del derecho. Por un lado es necesario legitimar las reglas y, por otro, su operación.

La autoridad que revisten las emisiones de los órganos especializados se especifica en su función. Hart no habla de la forma en que dicha autoridad se construye al margen del derecho, se concreta a proporcionar una explicación formal —entiéndase normativa— del proceso. La autoridad en este sentido surge como potestad normativa; es decir, como habilitación jurídica para actuar y para resolver de manera vinculante los aspectos que surgen de la creación y la aplicación de las reglas jurídicas. Desde el punto de vista funcional, la habilitación normativa significa capacidad de los órganos especializados para operar en favor de sus decisiones la maquinaria coactiva que funciona como sistema centralizado de castigos.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 146 y ss.

Lo interesante de las reflexiones hartianas sobre la naturaleza institucional del derecho, es que el autor percibe al conjunto de órganos especializados como un sistema de aparatos vinculados por el sentido de su función en el ordenamiento jurídico. Para que la acción de estos cuerpos resulte fértil desde el punto de vista de la eficacia del sistema, es necesario que actúen bajo lo que Hart denomina un "criterio oficial y público de decisiones".¹⁰⁹ La coherencia funcional de las tareas jurídicas especializadas procede de la aceptación y la práctica de los criterios que contiene la *regla de reconocimiento* del sistema. Así, el *criterio oficial de decisiones* supone, a su vez, la *aceptación oficial unificada* de las directrices que establece la *regla de reconocimiento*. No resulta claro del todo cómo concretamente los órganos especializados han de asimilar el contenido de una regla que no tiene formulación expresa. Tal parece entonces que Raz lleva razón cuando localiza el propósito unificador de la acción de los tribunales tanto en la naturaleza de su propia práctica, como en las referencias explícitas del orden jurídico, sobre la manera de operar el material jurídico procedente de las diversas fuentes productoras.

Bajo estas premisas, los órganos especializados materializan no sólo el sentido prescriptivo de las reglas del derecho sino también los cauces específicos de su operación como sistema ordenador. Las reglas jurídicas institucionalizan la distribución de funciones entre los aparatos especializados y el común de la gente, dejando a cargo de los primeros las tareas de tipo intrasistemático.¹¹⁰ Además, los órganos en cuestión realizan la distribución de recursos institucionales entre los distintos aparatos del sistema; jerarquizan su función y su papel ordenador específico, definiendo segmentos competenciales normativamente acotados, los cuales resultan complementarios en la lógica del ejercicio institucional y unitario del poder.

El derecho, visto como fenómeno institucional, difunde el sentido de interioridad del sistema y amplía sus márgenes de aplicación a todos los comportamientos posibles. La institucionalidad del derecho propaga un sentido de compromiso y pertenencia en relación con el carácter prescriptivo de las reglas. Este sentimiento tiene como resorte principal la disciplina de los funcionarios de los aparatos oficiales; en ellos radica la posibilidad de hacer tangibles los criterios de validez contenidos en la *regla de reconocimiento*. La exterioridad del

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 144.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 145.

sistema queda reducida a las dimensiones remotas del entorno y a las disidencias internas, que en todo caso tenderán a convertirse a la larga en manifestaciones marginales.

Como todo sistema institucional, el derecho posee un código de significados que se expresa parcialmente en su lenguaje habitual; sin embargo, los significados jurídicos conservan ciertos sentidos ocultos que tienen que ver con la relación del sistema con el régimen de dominación. Esto fuerza a buscar detrás de los usos lingüísticos intrasistemáticos del derecho los significados de la dominación. En este aspecto, como se ha dicho, Hart no llegó demasiado al fondo; no obstante, su visión ayuda a la comprensión exterior del derecho, porque, si bien privilegia los criterios intrasistemáticos, su orientación no es dogmática y, por lo tanto, resulta útil para construir una reflexión crítica sobre el conjunto del sistema.

1.4 *El derecho como sistema institucional de la moral*

No es sencillo reconstruir la totalidad de la argumentación hartiana en relación con los vínculos entre moral y derecho. Basta recordar que Hart intentó una explicación que pudiera deslindar la forma de entender la validez del derecho respecto de la moral, pero que, no obstante, respetará la trama de estos dos fenómenos cuya conexión resulta insoslayable. Concretamente, Hart se pronunció por incorporar al análisis jurídico los contenidos morales mínimos que los sistemas de derecho han mantenido como una constante a lo largo de su historia.¹¹¹ No se trata de contenidos morales de tipo metafísico, sino más bien de ciertos núcleos valorativos elementales que se consideran ineludibles en la construcción de cualquier sistema regulativo. La mayoría de los núcleos morales rondan los problemas de distribución de los recursos apropiables y de las tareas sociales; se trata, en suma, de asuntos de equidad en la relación de los agentes.

El derecho funciona como sistema de concretización para los valores mínimos que constituyen los núcleos morales del sistema: de hecho, las reglas jurídicas son las que fijan institucionalmente esos valores. A través del código técnico del derecho se hace posible consumir la adaptación social de tales criterios de convivencia y, además, se vuelve factible el control formal de los comportamientos en torno a

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 239 y ss.

tales valores. Se puede afirmar que el derecho funciona parcialmente como vehículo institucional para la moral mínima que finca los rasgos cooperativos de la vida social. Bajo esta idea, los órganos y aparatos jurídicos asumen el carácter de instituciones polivalentes que lo mismo operan como códigos valorativos, que como reglas específicas para guiar el comportamiento. El derecho puede tecnificar los parámetros morales de valoración y fijarlos de una manera coactiva entre los miembros del grupo. Y no por eso los criterios morales ven adulterada su naturaleza específica; lo que ocurre es que su especial relevancia para la vida del grupo los presiona a transferir su sede institucional hacia las reglas jurídicas, para aprovechar las garantías coactivas del ordenamiento.

2. Joseph Raz: el énfasis en la textura institucional

2.1 La autoridad del derecho

Como sucedió con las tesis hartianas, la obra de Raz, dadas sus premisas realistas, requiere contar con un concepto claro de autoridad que proporcione sustento a la obligatoriedad del orden jurídico. El perfil de la autoridad se vincula a dos cuestiones de suma importancia para la comprensión de los comportamientos sociales relativos al derecho: en primer lugar, a la obediencia que los agentes sociales dispensan a las reglas del sistema y, en segundo lugar, a la justificación de la mencionada obediencia. El respeto al derecho no deriva, según Raz, de ningún argumento legitimador de tipo moral sino, en última instancia, de la operatividad efectiva del sistema.¹¹²

De forma similar a Hart, Raz acusa una cierta falta de recursos analíticos para caracterizar a la autoridad; sin embargo, llega a enunciar aspectos interesantes que merecen comentarios específicos. Por ejemplo, al tratar lo relativo a la vinculación entre autoridad y poder, afirma que la autoridad es una forma peculiar de poder normativo y, asimismo, que este último consiste en la capacidad de crear o modificar situaciones normativas, lo cual se traduce en la facultad de fijar o alterar el *status* jurídico de las personas a través de disposiciones obligatorias.¹¹³ El poder normativo participa de la misma intención principal que caracteriza a todas las formas de poder: la

orientación hacia la realización de los propios deseos. Pero Raz no proporciona pistas para explicar qué tipo de agentes sociales y a través de qué actividades, son los que logran filtrar sus intereses a los núcleos valorativos del ordenamiento jurídico. En todo caso, el derecho esfuma el origen concreto de los intereses particulares que resguarda, al tiempo que busca, por otra parte, su genuina legitimación a través de la operación del sistema.

La legitimidad del ordenamiento jurídico no es explicable como un atributo moral. Quienes usan el lenguaje normativo para calificar sus propias situaciones vitales se basan en la *creencia* de que las disposiciones jurídicas son razones válidas para motivar su acción. El acatamiento de una regla implica también la aceptación de la autoridad que la emite. El problema surge cuando se debe dilucidar si el orden jurídico *en sí mismo* es depositario o posee algún tipo de autoridad. Según Raz, todos los sistemas jurídicos *pretenden* autoridad, pero sólo llegan a tenerla cuando sus disposiciones son consideradas por los agentes sociales como razones protegidas —léase excluyentes— para actuar.¹¹⁴ El sistema jurídico concreta el desplazamiento de las decisiones individuales a los espacios institucionales; desde allí, las reglas del ordenamiento deben proyectar sus indicaciones prescriptivas, reemplazando la deliberación personal en torno a las razones concretas para actuar.¹¹⁵ En cuanto técnica de control social, el derecho anticipa el sentido de los comportamientos a través de la emisión de directrices obligatorias que desplazan la posibilidad deliberatoria de los agentes sociales. Al positivizar razones excluyentes, el sistema jurídico estandariza las motivaciones y permite pasar por alto las razones que eventualmente puedan suscitar la inconformidad con su sentido. La *creencia* en la autoridad del derecho no necesita tener una extensión integral, basta con que los órganos que operan el sistema mantengan su acatamiento. En palabras de Raz, "el derecho presenta un conjunto de patrones *autoritativos* que requieren de quienes lo aplican que reconozcan su validez".¹¹⁶

El concepto raziano de validez es mucho menos formal que el esbozado por Kelsen en la *Teoría Pura*. La validez del sistema en la obra de Raz está vinculada con el sentido de reconocimiento y aplicación efectiva del material jurídico por parte de los órganos especia-

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 47 a 49.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 40.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 51.

¹¹² RAZ, Joseph, *La autoridad...*, *passim* n. 17), pp. 23-24; 34 y 47

¹¹³ *Ibidem*, pp. 34 a 36.

lizados del sistema. De este modo, la validez es la cualidad que adquieren las disposiciones jurídicas por ser parte de un ordenamiento y por ser efectivamente utilizadas como patrones de conducta y calificación para resolver las controversias. Una disposición jurídica se considera válida cuando su carácter autoritativo provoca el efecto de la obediencia; por lo tanto, las normas que no son aplicadas por los órganos especializados no resultan relevantes desde el punto de vista de la función social del derecho.¹¹⁷

2.2 Las dudas que envuelven la noción de autoridad

Hay varios aspectos problemáticos en el concepto de autoridad que sirve de base al análisis de Raz; tales ángulos conflictivos tienen origen en una explicación poco afortunada de la relación entre derecho y estado. A pesar de que Raz reconoce la necesaria relación entre estos dos factores de la realidad social, sus propuestas analíticas resultan insuficientes. El pasaje sobre las pretensiones de autoridad de los órdenes jurídicos es uno de los que mejor comprueban las inconsistencias de la tesis. No es plausible afirmar en un tono francamente fetichista que los sistemas jurídicos albergan pretensiones. Como conjunto de hechos, los ordenamientos regulatorios son siempre atributos de la acción de los agentes sociales; es decir, predicados. El sujeto de las pretensiones de autoridad no puede ser el derecho, sino los agentes que lo operan. En todo caso es el grupo, o una parcialidad de sus miembros, los que pretenden autoridad para el sistema regulador. La relación de legitimidad y prestigio no se entabla entre el derecho y la sociedad; sino entre quienes acatan y promueven la obediencia a un sistema jurídico determinado y quienes resienten su aplicación, o de plano rechazan su sentido.

Como el mismo Raz reconoció, el sistema jurídico es apenas un segmento de un conjunto mayor al que el autor identifica con el régimen político. El derecho no se autosostiene como cuerpo normativo, sino que descansa de manera obvia en un régimen de dominación que aporta la garantía final para sostener la obligatoriedad de las normas jurídicas. Los órganos especializados en la creación y aplicación del derecho son, a su vez, piezas de una maquinaria orgánica más laxa. En cuanto entidades concretas, los aparatos jurídicos están ligados al sistema institucional que estabiliza al régimen político. La fuerza real

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 115.

que condensa el Estado y los otros focos efectivos de poder que se produzcan, son la verdadera causa de que los sujetos sociales abandonen la ponderación de razones concretas y sustituyan sus procesos individuales de toma de decisiones por el acatamiento a un cuerpo de razones excluyentes, como las que contiene el derecho.

Si el sistema jurídico provee el marco general de organización a una sociedad, hay que admitir que la eficacia del sistema y su continuidad dependen en buena medida del poder efectivo de la autoridad política. Es muy complicado mantener la consistencia de un argumento que requiere la independencia de tres tipos distintos de autoridad —la jurídica, la política y la moral— porque, en realidad, estos tres factores conforman las fases convergentes de un proceso común: la construcción, el sostenimiento y la adaptación del orden dentro de una sociedad determinada. En la medida en que el análisis de las distintas vertientes del orden se disgreguen, los criterios autonómicos terminarán por imponerse, proporcionando una visión exacerbada de la autarquía de cada uno de los subsistemas ordenadores. En descargo de Raz, hay que recordar cómo los practicantes del derecho se han encargado de representar la comedia de la pureza de los fenómenos jurídicos. Los agentes sociales creen en la autoridad del derecho, porque en sus razonamientos prácticos lo perciben como un conjunto ordenador autónomo; en ese nivel, el sistema jurídico efectivamente se presenta como un orden sin compromisos políticos ni morales. Sin embargo, la pertenencia y hasta la consustancialidad del derecho con el régimen político, vuelve sospechosa la autonomía de los fenómenos jurídicos. No es posible, por ejemplo, explicar el derecho sin referencias concretas a la fuerza, y conste que ésta siempre se sitúa fuera del ámbito formal del ordenamiento; luego entonces, el sistema jurídico no se encuentra autosustentado, participa de circuitos institucionales más amplios y, en esa medida, lo que el analista debe destacar es la peculiar aportación del derecho al proceso general de construcción de orden dentro de la sociedad. Estas razones tornan artificial el intento de encontrar motivos autónomos para la obediencia de los sujetos sociales a las disposiciones jurídicas.

Se debe tener presente que los móviles subjetivos de la obediencia al derecho ceden muy frecuentemente ante la emergencia de los dictados de la autoridad. Sobre este aspecto conviene recordar a Durkheim, quien con insistencia se refirió al carácter prescriptivo de la realidad. De acuerdo con sus ideas, las personas nunca enfrentan las

disyuntivas vitales sin prejuicios formativos y sin preconcepciones de todo tipo. El orden social es un proceso que envuelve a los agentes sociales y que influye sus procesos deliberativos prácticamente desde el principio de su vida consciente. Por dichas razones la obediencia al derecho es, la mayoría de las veces, obediencia al orden en general. Los lapsus críticos de los agentes sociales, para llegar a convertirse en verdaderos impulsos autonomistas, tienen que recorrer un trayecto demasiado azaroso. La mayoría de los sujetos sociales pliegan antes su conducta al peso de las convenciones, de la tradición, de los sistemas morales o de las reglas familiares. El sometimiento al derecho puede, en efecto, sugerir algunos móviles peculiares pero, por lo común, se alinea a los patrones más amplios de obediencia, cuyas referencias finales se ubican en determinado régimen de dominación. En algún pasaje visionario, Raz expuso que "una atmósfera pública de respeto por el derecho descansa en el efecto acumulativo de la conducta de los individuos".¹¹⁸ Bajo este parámetro, el respeto al sistema jurídico es, en el fondo, lealtad a ciertos aspectos de la vida institucional de una comunidad específica.

2.3 *El derecho como marco general de organización*

Como ningún otro sistema regulador de la vida social, el derecho aporta claridad, certeza y control al manejo prescriptivo de sus contenidos axiológicos. En cuanto conjunto de procesos técnicos, el sistema jurídico tiene una naturaleza preponderantemente funcional que le permite mantener un estado de apertura valorativa y acoger soluciones morales muy disímolas. En su dimensión funcional el derecho no entraña compromisos más que con los valores que finalmente positiviza. La neutralidad valorativa es una cualidad del derecho en general, pero no un atributo de cada sistema en particular. Históricamente, los órdenes jurídicos siempre aparecen cargados de significados morales, económicos y políticos. El material jurídico es una argamasa noble que se utiliza para vincular relaciones casi de cualquier índole; por eso precisamente, el derecho suele servir de vehículo para la obediencia con tanta asiduidad. Son las vertientes que enfatizan la vena técnica de las disposiciones jurídicas, las que hacen del derecho un material privilegiado para cualquier tipo de construcción institucional.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 294 y ss.

Ningún orden alternativo ofrece, al mismo tiempo, tantas posibilidades de regularización del comportamiento, ni tanto control de sus propios elementos.¹¹⁹

Se pueden recolectar con facilidad argumentos que subrayen el carácter benéfico de la influencia jurídica en otros órdenes reguladores; tal es el caso de las expresiones weberianas que atribuyen al derecho un efecto racionalizador sobre el fenómeno de la dominación; en el mismo sentido, la expresión "Estado de Derecho" remite al contexto de una fórmula virtuosa de organización política. La virtud en este último caso se cifra, justamente, en las funciones de control que el derecho ofrece contra el ejercicio arbitrario del poder político. En el caso del matrimonio, las reglas jurídicas fungen como estabilizadores; en el supuesto de los negocios, juegan como factores de previsión, en los procesos electorales, como garantías de transparencia, y así sucesivamente. Valgan estos ejemplos para demostrar que el sistema jurídico trabaja como marco de intersección de otros procesos articuladores. Su capacidad formalizadora ha sido adaptada a lo largo de la historia para servir de cauce de control a los más diversos regímenes de relación; sin embargo, la consustancialidad del derecho con el régimen de dominación, hace de los fenómenos jurídicos una vertiente privilegiada para la organización de las relaciones de poder; o más bien, para situar el régimen político, como parámetro final del proceso ordenador.

En el derecho se produce una combinación afortunada de aspectos normativos; órganos de aplicación y recursos coactivos de respaldo; ningún otro sistema de control conjunta tantos factores favorables para la estabilización de los comportamientos. Además, el derecho cuenta con recursos para regular el acoplamiento interno de sus distintos factores, lo que potencia considerablemente su poder organizador y lo sitúa como el sistema institucional más contundente. Si a esto se añan las necesidades de proyección total de los regímenes políticos sobre sus ámbitos de influencia, se comprenderá mejor por qué el derecho tiene características idóneas para articular al conjunto de los subsistemas ordenadores de una determinada sociedad. Al atraer a su ámbito disposiciones de otros ordenamientos, el derecho amplía sus capacidades de respuesta, al tiempo que transfiere a dichos órdenes parciales una parte muy importante de sus propios atributos, permitiendo con

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 155.

ello que dichos subsistemas se beneficien con la plenitud ordenadora de su estructura.

Es difícil pensar el derecho fuera del contexto de un régimen político determinado; la extensión y la continuidad del ordenamiento jurídico dependen por completo del ámbito de control efectivo y de la permanencia del régimen de relaciones políticas donde las disposiciones jurídicas se producen. El régimen político depende por su parte, en un alto grado del derecho; sin este último, la justificación del ejercicio político es impensable. Los ejercicios gubernativos se legitiman normalmente a través de su control y, para tales propósitos, no hay mejor solución que la jurídica. En sentido inverso: tampoco es imaginable un ordenamiento jurídico sin el aporte coactivo de la fuerza que concentra el régimen político. Las tendencias referidas son convergentes: el derecho y el régimen político se entrelazan en una trama difícil de escindir; así, mientras el primero proyecta un influjo racionalizador que formaliza el ejercicio de la función gubernativa, el segundo, aporta recursos y aparatos para la aplicación de las reglas jurídicas. En el proceso hay, como se observa, una auténtica consustancialización entre los dos sistemas, la cual adquiere el carácter de una recíproca asimilación.¹²⁰

Entre los rasgos del derecho, el que mejor explica su naturaleza multifuncional es el de su manifiesta neutralidad axiológica. Como cualquier otro conjunto técnico, el material jurídico puede utilizarse en diversos sentidos; incluso es susceptible de ser orientado a la satisfacción de necesidades contradictorias. Esto, aunado a su gran comunicabilidad, proporciona al derecho una independencia y una autonomía que no es predicable de los otros subsistemas reguladores. Sin embargo, la excesiva convertibilidad axiológica de material jurídico lo expone a ser utilizado con fines particulares dentro de los procesos de dominación. El uso cínico del material jurídico provoca a la larga una merma inevitable en la fuerza institucionalizada del derecho, que normalmente termina por dañar también la legitimidad del régimen político. La crítica moral del ordenamiento jurídico no puede surgir, sin embargo, de los entreveros doctrinarios donde los aspectos formales del derecho se conforman y reproducen, porque allí los agentes especializados se encuentran comprometidos con su sentido prescriptivo. La crítica, por eso, es siempre exterior y suele provenir de los antagonistas políticos al régimen que se evalúa.

¹²⁰ Vid., por ejemplo, *ibidem*, p. 275.

A este nivel del análisis subsiste una duda de fondo: ¿cada uno de los subsistemas reguladores de la organización social debe considerarse como factor independiente, o por el contrario, conforman todos una corriente ordenadora común que se expresa en diversas facetas? La respuesta a la primera alternativa parece estar históricamente desmentida, porque no hay grupo humano en el que los procesos de ordenamiento no se imbriquen a favor del *statu quo*. La segunda alternativa se aviene mejor a la realidad social; en este caso, habría que reconocer que el derecho funge como articulador de articuladores: se constituye como segundo nivel de ordenación respecto de los otros subsistemas, a los que ofrece su planta principal de apoyo. Así, no son los núcleos valorativos los que le otorgan al derecho un sitio especial entre los procesos de control del comportamiento, sino su exquisitez formal, secularmente decantada.

2.4 La especificación institucional del material jurídico

Raz inserta el tema de la naturaleza institucional del derecho en el contexto de lo que denomina la "tesis de las fuentes"; entiende por ello que los fenómenos jurídicos son una forma peculiar de hechos sociales y, en consecuencia, que su cara concreta forma también parte del sistema.¹²¹ En cuanto conjunto institucional, el derecho se compone tanto de disposiciones regulatorias, como de aparatos de ejecución. La interacción de las normas jurídicas con los órganos que las operan permite observar los flujos jurídicos desde su origen normativo, hasta sus efectos concretos en el comportamiento social.

Las funciones del ordenamiento jurídico se realizan a través de aparatos especializados.¹²² Esto distingue al derecho de otros sistemas regulatorios y de cualquier complejo de comportamientos sociales recursivos, como los hábitos, las convenciones y las costumbres. El derecho no se apoya solamente en situaciones espontáneas de autocontrol grupal, sino que establece una clara distribución de papeles y funciones entre quienes acatan de manera genérica el sentido de las disposiciones jurídicas y aquellos que las operan en cumplimiento de una función especializada.

Los órganos jurídicos basan el ejercicio de sus tareas en el carácter

¹²¹ *Ibidem*, pp. 60 a 63.

¹²² *Ibidem*, p. 212.

autoritativo de sus resoluciones.¹²³ Lo que al principio es sólo especialización de la función del manejo del material normativo se convierte a la postre en directrices obligatorias dentro de los órganos jurídicos. Como se ha establecido, la institucionalidad del derecho coincide en buena parte con la institucionalidad del régimen político. El sistema jurídico sostiene el carácter obligatorio de las resoluciones de sus órganos en la *creencia* que dispensan los agentes sociales acerca de su legitimidad, pero también —y esto no puede olvidarse— en la fuerza concentrada que le suministra el régimen político.

Frente al cuerpo de reglas que integran un sistema jurídico existe un *sistema de aparatos* que producen y aplican el derecho. Se trata de una *maquinaria* cuyos movimientos se encuentran controlados por normas y que tienen como tarea principal la operación de los patrones jurídicos.¹²⁴ Los aparatos del ordenamiento están así doblemente acotados, ya que el sistema regulativo rige tanto su establecimiento como el ejercicio de su función. Las tareas operativas de dichos órganos son obligatorias; cada entidad del sistema tiene el deber de realizar la creación o la aplicación del material jurídico, según haya quedado definida su competencia por las normas facultativas que los fundan. A diferencia de Hart, Raz piensa que los criterios para identificar y para adjudicar las disposiciones jurídicas son vinculantes para los órganos del sistema. No se trata, en consecuencia, de criterios orientadores, sino de órdenes específicas dirigidas a los funcionarios.¹²⁵

Raz distingue dos tipos de funciones institucionales a cargo de los aparatos del sistema jurídico: las creadoras y las aplicadoras. Entre las primeras cita a los parlamentos y, entre las segundas, a las autoridades administrativas y a las jurisdiccionales. Sin embargo, de este espectro amplio, Raz elige a los órganos tribunales como referencia institucional básica para la caracterización de un sistema jurídico.¹²⁶ A las autoridades ejecutoras y a los órganos oficiales de creación les otorga un papel contingente. Con ejemplos no muy claros ni contundentes Raz niega a los aparatos que realizan funciones directamente coactivas el carácter principal para la identificación de los sistemas

¹²³ *Ibidem*, pp. 140 y ss., también RAZ, Joseph, *Ethics in the public domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, G. B., Ed. Oxford, University, 1994,

¹²⁴ *Ibidem*, p. 144.

pp. 187 a 192.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 145.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 138 a 144; también RAZ, Joseph, *Razón práctica...* (n. 18), pp. 155 a 159.

jurídicos. Por el contrario, los órganos jurisdiccionales son considerados como piezas insustituibles, debido a que colaboran a la identificación del material jurídico y, asimismo, porque encarnan el vehículo natural por el que desciende el contenido de una norma general, hasta el nivel de la situación jurídica concreta que guardan los destinatarios de las disposiciones del sistema.

No se pueden resolver controversias con decisiones de tipo autoritativo si los órganos jurisdiccionales actúan desarticulados, por lo tanto, es menester que su función esté regulada por criterios centrales que establezcan los ejes unificadores de su trabajo. La *maquinaria* jurisdiccional es el núcleo dinámico del sistema, al grado que, entre el material jurídico y los cometidos judiciales, se establece una dialéctica inquebrantable: los órganos jurisdiccionales aplican, en teoría, derecho preexistente; el orden jurídico, por su parte, fija los parámetros de existencia y control para la tarea judicial. En cada caso, el sistema jurídico contiene normas que revisten de obligatoriedad las sentencias de los tribunales y, para tal efecto, les atribuye el mismo carácter prescriptivo que distingue a las disposiciones jurídicas. Las sentencias son asimiladas como piezas del sistema, adoptando a partir de entonces el carácter de normas individualizadas. Cuando el sistema de fuentes del ordenamiento reconoce al precedente como actividad productora de disposiciones generales, la función judicial se convierte en proceso creativo e integrador. Con todo, no debe olvidarse que, aunque se reconozca cierta discrecionalidad a los funcionarios de los tribunales, el derecho es un sistema de control del comportamiento que trabaja primordialmente a través del establecimiento de patrones públicos autoritativos.¹²⁷ Aquí otra vez la tesis de Raz entronca con su raíz hartiana.

Las disposiciones generales del sistema jurídico funcionan como un gran código a partir del cual los tribunales realizan la tarea específica de calificar conductas en lo individual. Llama la atención que, entre las distintas funciones sociales del derecho, la que más lo distinga sea precisamente el proporcionar un cauce institucional para la solución de conflictos dentro de un grupo determinado. La especialización dogmática, procesal e institucional constituye la verdadera línea vertebral del sistema, porque los órganos judiciales, cuando resuelven autoritativamente los conflictos que se presentan a su aten-

¹²⁷ RAZ, Joseph, *Razón práctica...* (n. 18), pp. 159 a 163.

ción, desarrollan de forma paralela una eficientísima tarea de control intrasistemático. No se trata sólo de graduar la aplicación del material jurídico hasta su individualización, sino también de fijar la concreta extensión de los preceptos, la naturaleza de sus relaciones y sus consecuencias para todo el sistema. Así, la solución de casos particulares es la vía por la que el derecho desarrolla la especificación y el control técnico de su propio material. La operación de las disposiciones jurídicas es, entonces, depuración sistemática y, la sincronización de estos procesos, provoca que el sistema se fortalezca a través de su mero funcionamiento. Otra vez aquí se hace patente por qué el derecho guarda una situación hegemónica con respecto a los otros sistemas ordenadores de comportamiento social: su operación es en sí misma causa de la tecnificación del material normativo y factor de consolidación de la articulación del sistema. El derecho, se auto-ajusta de tal modo que su sentido se reproduce, aun cuando se modifica para adaptarse a los nuevos estímulos sociales. Esta recursividad controlada confiere a los ordenamientos jurídicos una fuerza de continuidad que supera la de cualquier otro sistema ordenador.

Como sucedió con Hart, Raz mantiene la convicción de que la *aceptación* del sentido prescriptivo del derecho que más importa para la vigencia de un sistema jurídico es la que aportan los órganos especializados. La validez del sistema en su conjunto depende de que las disposiciones generales que lo forman sean objeto de un juego real y permanente por parte de los aparatos que las aplican y las reproducen. La autoridad social de las instituciones jurídicas se cifra en buena medida en las prácticas que las sociedades efectúan a partir de su material regulativo. Entre todos los ejercicios posibles, las tareas especializadas que desempeñan los tribunales resultan por eso determinantes. Los tribunales identifican, fijan y seleccionan el material jurídico aplicable siguiendo para ello directrices normativas. Raz afirma que las normas de reconocimiento del sistema son varias: una por cada tipo de fuente. No cree que una sola *regla de reconocimiento* sostenga la unidad del sistema: el derecho válido es, a fin de cuentas, el que los tribunales identifican; por lo tanto, la unidad del sistema radica en la función selectiva de los órganos judiciales.¹²⁸ La extensión y los límites de un ordenamiento jurídico se pueden medir si se atiende al grado de efectividad de la pluralidad de *reglas de reconocimiento* del sistema.

¹²⁸ RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), pp. 128 y ss.

La validez de las disposiciones jurídicas no depende de que la decisión de los órganos jurisdiccionales sea correcta; el criterio formal que mueve las instituciones judiciales no está cimentado en su infalibilidad; sino en el tipo de trabajo que realizan. Este factor confiere al derecho una fuerza integradora especial, porque coloca la acción de sus órganos más allá de los criterios lineales de verdad.¹²⁹ Esto no quiere decir desde luego que el propio sistema no prevenga la forma para revisar técnicamente las fallas de los tribunales. Pero en todo caso las resoluciones judiciales quedan al juicio de otros órganos de la maquinaria del sistema; en cambio, si sus resultados se sujetaran a pruebas de calificación en torno a categorías como correcto o incorrecto, se suscitaría el riesgo de que la calificación de sentencias se desplazara hacia zonas no jurídicas. Debe recordarse que hay siempre corrientes metafísicas que acechan los sucesos jurídicos con la intención de enjuiciarlos con argumentos de tipo moral.

Es difícil imaginar la sistematicidad del derecho sólo como un ámbito de carácter lógico. La naturaleza sistemática de los ordenamientos jurídicos es algo que prohija la misma práctica de sus directrices operativas. No hay posibilidades de encontrar un ámbito específico para el *deber ser*, en el sistema jurídico todo es positividad, aunque ésta se exprese en graduaciones diversas. La parte fuerte de la institucionalidad del derecho la aportan desde luego sus propios aparatos; el extremo más débil se deposita, en cambio, en los contenidos valorativos de las disposiciones jurídicas; sin embargo, en cuanto los principios morales fincan su contenido en el derecho, adquieren una buena parte de la firmeza institucional que conlleva el material jurídico. Del hecho que las disposiciones del sistema tengan una suerte aleatoria desde el punto de vista de su eficacia, no puede inferirse que su existencia no sea un dato material con efectos concretos en la vida comunitaria. El derecho no pretende —si vale la expresión raziana— la conformidad total de los comportamientos con su sentido; busca sólo un grado razonable de asentimiento que depende sobre todo de la disciplina institucional de sus órganos. El derecho no es otra cosa que su propia operatividad. El carácter institucional del sistema jurídico tiene que ser visto como el resultado de una práctica formalizadora que construye y fija los contornos del sistema. El derecho, por tanto, es una de las vías en que las sociedades ejercen sus prácticas de or-

¹²⁹ *Ibidem*, p. 142.

denación y, a juzgar por la precisión de sus controles, parece ser el modo de organización por excelencia.

3. Algunas consideraciones adicionales sobre la institucionalidad del derecho

El tema de la institucionalidad del derecho proporciona un rastro seguro para el análisis realista de los fenómenos jurídicos; sin embargo, en los esfuerzos de Hart y Raz se resiente la falta del instrumental analítico que la teoría social ha diseñado exprofeso. Particularmente la sociología estructuralista contiene aportes valiosos para entender la organización social como *praxis* de los agentes del grupo. La incorporación de elementos sociológicos al análisis exterior del derecho hubiera abierto perspectivas cognoscitivas o, en el peor de los casos, habría ayudado a penetrar con más contundencia en la explicación de los fenómenos de control y regularización de las conductas. Sin tratar de hacer una enumeración exhaustiva, conviene señalar algunos tópicos y categorías de la sociología estructuralista que resultan aprovechables para el análisis del derecho desde una perspectiva institucional:

a) Lo primero sería situar el concepto hartiano de prácticas sociales en una perspectiva que permita remontar su sentido hasta las formas más elementales de *rutinización* del comportamiento, para de allí partir al estudio de los hábitos, las convenciones, las pautas formalizadas y, finalmente, llegar a las instituciones;¹³⁰

b) Cabría desarrollar más la identificación del lenguaje como expresión de determinadas formas de vida y, en especial, destacar su carácter de mediador entre el *ser* y el *hacer* de los agentes.¹³¹ Sería conveniente, en este rubro, profundizar en la concepción del derecho como *paralenguaje* formalizado del orden social;

c) En general, en los estudios de teoría del derecho se atiende poco a la dimensión de los *procesos espacio-temporales*.¹³² Al respecto, no debe perderse de vista que la institucionalización tiene anclas históricas muy claras y que los aparatos institucionales procesan el manejo de estas dos dimensiones en favor de la continuidad y la extensión del orden social;

¹³⁰ GIDDENS, Anthony, *La constitución de la sociedad. Bases para una teoría de la estructuración*, trad. de José Luis Etcheverry, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1995, pp. 24 y 398.

¹³¹ *Ibidem*, pp. 23 y ss.

¹³² *Ibidem*, *passim*, pp. 58 y 195.

d) La caracterización de los procesos institucionales como conjunciones o *estructuras* de elementos valorativos, normativos y fácticos. Las instituciones combinan la formalidad de ciertos elementos prescriptivos con los recursos y los medios materiales destinados al control de los objetivos del órgano o cuerpo social de que se trate. Al respecto, es interesante la función distribuidora de roles y recursos que se desarrolla dentro de las instituciones;¹³³

e) La localización de categorías como *presencia y ausencia* permitiría manejar con más precisión el enlace de los elementos que permanecen en los códigos ocultos del derecho, con los datos exteriores del sistema.¹³⁴ El derecho no procesa sus contenidos valorativos ni su carácter instrumental de una manera transparente; sin embargo, es necesario conocer las tendencias menos visibles de los ordenamientos jurídicos para explicar cabalmente sus funciones sociales;

f) Vinculado con el punto anterior, se encuentra la necesidad de rescatar los niveles de la *acción histórica* con objeto de ubicar el sentido del material jurídico desde el punto de vista de los intereses sociales en conflicto y de los propósitos específicos a los que se orientan las fuerzas políticas;¹³⁵

g) La concepción del *saber como proceso constitutivo de la realidad social*,¹³⁶ también podría ayudar en buena medida a la caracterización de los procesos de objetivación que se realizan en las instituciones jurídicas;

h) La noción de *sistema*,¹³⁷ sería un valioso auxiliar para enmarcar el estudio del derecho en la trama de los procesos generales de construcción de orden, e

i) El concepto mismo de *orden*,¹³⁸ como proceso de funciones, recursos y de establecimiento de jerarquías y patrones de relación, debería ser colocado como categoría privilegiada para darle al estudio del derecho la dimensión social de la que con frecuencia carece.

Los tópicos apuntados constituyen apenas en elenco no exhaustivo de aportaciones que la teoría social podría efectuar al conocimiento de los fenómenos jurídicos. La carencia de este tipo de instrumentos ana-

¹³³ *Ibidem*, pp. 64 a 70, y también TOURAINE, Alain, *Producción de la sociedad*, trad. de Isabel Vericat, México, Coed. UNAM-IFAL, 1995, pp. 48 y 148.

¹³⁴ GIDDENS, Anthony, *op. cit.* (n. 130), p. 53.

¹³⁵ TOURAINE, Alain, *op. cit.*, *passim* (n. 133), pp. 62-63; 146 y ss.

¹³⁶ GIDDENS, Anthony, *op. cit.* (n. 130), p. 29.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 399.

¹³⁸ *Ibidem*, *passim*, pp. 61, 66 y 211.

líticos se hace patente en las obras de Hart y de Raz quienes, a pesar de colocarse en una posición cognoscitiva adecuada respecto del derecho, restringen su visión al concretarse a explicar la naturaleza institucional de los fenómenos jurídicos, como un mero flujo de *reificación* de sus contenidos prescriptivos. Para ambos autores, el derecho es institucional porque su proceso de creación y aplicación se lleva a cabo a través de aparatos especializados; sin embargo, omiten la referencia a los sistemas jurídicos como mecanismos globales de institucionalización de los comportamientos sociales. Desde esta última perspectiva, el derecho deviene macro-institución, en cuyo seno se fijan, a su vez, zonas parciales de control e integración de la conducta grupal. Así, el derecho estabiliza relaciones familiares, mercantiles, laborales, etcétera. El sistema proporciona coherencia final a sus segmentos, ubicándolos dentro del gran referente constitucional que distingue los papeles de los gobernantes y los gobernados. El macro-sistema institucional que comprende el ordenamiento jurídico se integra por el cuerpo de disposiciones positivas, por los órganos que las crean y las aplican, y por todo el conjunto de intersecciones del derecho con otros subsistemas ordenadores. Las instituciones jurídicas en particular se expresan en dos vertientes: los regímenes regulativos específicos y los aparatos operativos; el proceso institucional comprende ambos brazos del sistema.

Como unidades objetivas, las normas se entifican y concretan; sus cauces prescriptivos impactan efectivamente el comportamiento y, en esa medida, el derecho asume un carácter institucionalizador. Sin embargo, las funciones intrasistemáticas del derecho también se cosifican y se transforman en aparatos específicos de acción, acotados por las normas del sistema. Los órganos especializados en la creación, adaptación y aplicación del material jurídico desempeñan una labor que, por un lado, proyecta las normas hacia las relaciones efectivas de los agentes sociales; pero por otro, orienta el trabajo de los aparatos del sistema a la consecución de su propio control. Esta función queda a cargo de lo que se podría denominar el sector de *reproducción institucional especializado*. Lamentablemente en los autores seleccionados para servir de referencia a estas reflexiones no existe una proyección cabal de la naturaleza institucional del derecho en sus dos niveles: el común y el especializado; tanto Hart como Raz, sólo atienden al segundo.