ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LAS NOCIONES DE ORDEN JURIDICO Y SISTEMA JURIDICO

JOSÉ JUAN MORESO Y PABLO E. NAVARRO

I. Introducción

1) A menudo se afirma que el derecho es una de las principales instituciones sociales. Esto significa, entre muchas otras cosas, que el derecho se produce y aplica por medio de instituciones específicas. En las sociedades contemporáneas es usual clasificar a estas instituciones en dos grupos: órganos creadores de normas y órganos aplicadores de normas.

Las normas jurídicas son, desde un punto de vista positivista, un producto de la actividad de los órganos jurídicos y tienen por función incidir en las conductas de los sujetos del grupo social. En este sentido, el derecho es un instrumento de control del comportamiento de los miembros del grupo. Esto implica que las acciones de aquellos individuos que son calificados como "órganos jurídicos" intentan determinar las acciones de los miembros de un grupo social. Por consiguiente, la explicación y comprensión de la naturaleza del derecho es fundamental para una teoría social.

2) Las normas jurídicas y los grupos sociales están relacionados, al menos, de dos maneras. Por una parte, la existencia del derecho depende de las actitudes y acciones de los miembros del grupo. Por otra parte, la integración, cohesión y supervivencia de los grupos depende de la emergencia e incidencia del derecho.

Los conceptos de "norma" y "sistema jurídico" son fundamentales en la mayoría de las teorías del derecho por dos razones:

(i) el valor veritativo de las proposiciones normativas depende, fundamentalmente, de la existencia de normas.¹ En este sentido, G. H. von Wright afirma:²

Un importante tipo de respuesta a la pregunta ¿por qué esto o aquello debe

¹ En algunas teorías, la existencia de las normas no es condición necesaria ni suficiente de la verdad de las proposiciones normativas.

Cf. Dworkin, R., "Is Law a System of Rules?" en Summers, R. (comp.), *Essays in Legal Philosophy*, Basil Blackwell, Oxford, 1970, 24-60. Raz, J., *The Concept of a Legal System*, 2da. edición, Oxford University Press, Oxford, 1980, pp. 209 y ss. Bulygin, E., "Norms, Normative Propositions and Legal Statements" en *Contemporary Philosophy: a New Survey*, vol. 3, M. Nijhoffs Publishers, La Haya, 1982, pp. 107-125. Mazzaresse, T., "Norm Proposition: Epistemic and Semantic Queries" en *Rechtstheorie*, 22 (1991), pp. 39-70.

² Von Wright, G., "The Foundations of Norms and Normative Statements, en *Practical Reason*, Cornell UP, Ithaca (New York), 1983, p. 68.

(puede, no debe) ser hecho? es el siguiente: *hay una norma* al efecto de que esto debe (puede, no debe) ser hecho. La existencia de la norma es, en este caso, la base o fundamento de verdad de las proposiciones normativas.

(ii) Una manera de acreditar la existencia de una norma jurídica N es demostrar que N *pertenece* a un sistema jurídico S_j .³

La forma tradicional de esclarecer estos conceptos es identificar las propiedades que caracterizan a las normas jurídicas y, luego, sostener que un sistema jurídico es un conjunto de *normas* jurídicas.⁴ Uno de los defectos más importantes de esta concepción es la tendencia reduccionista, ya que la heterogeneidad de elementos que componen el derecho exige proporcionar criterios de identificación de normas sumamente complejos.⁵

Una alternativa a las concepciones tradicionales es, partiendo del concepto de sistema jurídico, definir a las normas jurídicas mediante la noción de pertenencia. Para estas concepciones, una norma N es jurídica si y sólo si pertenece a un sistema jurídico. Los sistemas jurídicos son una subclase de los sistemas normativos y sus propiedades específicas son: coactividad, institucionalización, organización jerárquica, etc. Este enfoque está expuesto con toda claridad en la siguiente afirmación de Raz.⁶

Una regla es una regla jurídica porque pertenece a un sistema de reglas que posee el carácter de derecho, aun si la propia regla es indistinguible de una regla moral o de cualquier otra regla.

Sin embargo, esclarecer la naturaleza sistemática del derecho es una tarea compleja, que puede dar lugar a la reconstrucción de *distintos conceptos* de sistema jurídico, vg.: unión de reglas primarias y secundarias, conjunto de normas internamente relacionadas, conjunto de enunciados normativos que contiene todas sus consecuencias lógicas, conjunto de normas cuyo fundamento de validez es una norma soberana o una norma básica, etc. Ante diferentes conceptos de sistema jurídico es natural que varíen los criterios de membresía de las normas, y por consiguiente (al acreditarse la existencia de una norma por medio de la noción de pertenencia), las proposiciones normativas pueden recibir distintos valores de verdad según sea

³ Bulygin, E., "An Antinomy in Kelsen's Legal Theory", en *Ratio Juris*, 3 (1990), pp. 36 y ss.

⁴ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 97.

⁵ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, ob. cit. en nota 4, p. 97, MacCormick, N. y Weinberger, O., *An Institutional Theory of Law*, Reidel PC, Dordrecht, 1986, p. 18.

⁶ Raz, J., "Prefacio a la edición española" en *El Concepto de Sistema Jurídico*, trad. de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1986.

el sistema de referencia. En este sentido, la identificación de un sistema está fuertemente asociada con la elección de una teoría del derecho; es decir: con una manera de reconstruir el material denominado "derecho" y, por ejemplo, un teórico kelseniano organizará el material jurídico de un modo diferente al que efectuaría un jurista que aplicase la teoría de Raz.

Las teorías positivistas tienen, también, que enfrentar los problemas derivados del carácter dinámico del derecho, fundamentalmente, el problema de la existencia e identidad de un sistema jurídico a través del tiempo.

El objetivo central de este trabajo son algunos problemas relativos a la existencia e identidad de los sistemas jurídicos. En (II) analizaremos la identidad de los sistemas jurídicos, en (III) nos ocuparemos de algunos aspectos de la dinámica de los sistemas, en (IV) analizaremos un criterio de identificación de un orden jurídico, en (V) vincularemos los problemas de identificación de normas jurídicas con un modelo de orden jurídico.

II. Identidad de los sistemas jurídicos

La discusión de los criterios de identificación de normas es inevitable cuando se sostiene que los sistemas jurídicos son conjuntos de normas, ya que la identidad del conjunto está definida por la identidad de sus elementos. En este sentido, C. Alchourrón y E. Bulygin sostienen:⁷

Si el orden jurídico es concebido como un conjunto de normas, resulta claro que no puede cambiar sin perder su identidad. Cada vez que se crea una nueva norma o se deroga una norma perteneciente al orden, obtenemos un nuevo conjunto, distinto del conjunto originario.

Los criterios de identificación de normas propuestos por las teorías del derecho pueden clasificarse en dos grupos:

(i) *criterios no-lingüísticos*.⁸ Las normas jurídicas son identificadas a partir de determinadas propiedades asignadas al derecho, vg.: coactividad, heteronomía, vinculación normativa, etc.;

(ii) *criterios lingüísticos*.⁹ En la relación entre normas y lenguaje es posi-

⁷ Alchourrón, C. y Bulygin, E., "Sobre el concepto de orden jurídico" en *Crtica*, 8 (1976), p. 7.

⁸ Raz, J., *The Concept of a Legal System*, ob. cit. en nota 1, pp. 70 y ss. Kelsen, H., *Teoría general del derecho y el Estado*, trad. de E. García Máynez, UNAM, México, 1988, p. 71. Nino, C., *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 201.

⁹ Bulygin, E. "Legal Dogmatics and the Systematization of Law", en *Rechtstheorie*, Beiheft 10, 1986, p. 194.

Caracciolo, R., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 28 y ss.

ble distinguir tres criterios de identificación: *sintáctico* (la identidad de la norma es una función de la identidad de la formulación normativa); *semántico* (la identidad de la norma es una función de la identidad del significado atribuido a una formulación normativa) y *mixto* (la identidad de una norma es una función de la identidad de la relación entre formulación normativa y significado).

Por consiguiente, la aplicación del criterio formal de identidad de los sistemas jurídicos destacado por Alchourrón y Bulygin exige la elección de un criterio de identificación. El enunciado "el sistema jurídico SJ ha sido modificado en el tiempo t " tiene diversos significados según cuál sea el criterio seleccionado. Esto puede mostrarse del siguiente modo: una autoridad normativa promulga una formulación normativa N con el significado S . Si otra autoridad promulga N' con el significado S no se modifica el sistema SJ respecto del criterio semántico. En cambio, la aplicación del criterio sintáctico o del criterio mixto conduce a identificar un nuevo sistema jurídico.

Más allá de estas puntualizaciones, es preciso resolver el siguiente problema: a pesar de que los sistemas jurídicos cambian con el tiempo (en razón de que se promulgan nuevas normas, se derogan otras anteriores, etc.), *prima facie*, el sistema jurídico (español, francés, etc.) conserva su identidad a través del tiempo.

La distinción, introducida por J. Raz,¹⁰ entre *sistema jurídico momentáneo* y *sistema jurídico* puede ser útil para resolver esta dificultad:

(SJM) Un *sistema jurídico momentáneo* es el conjunto de normas pertenecientes a un sistema jurídico en un momento t determinado.

Sin embargo, el enunciado acerca de la existencia de un sistema jurídico momentáneo tiene que ser cuidadosamente distinguido del enunciado acerca de un *momento* de un sistema jurídico. La expresión "el sistema jurídico inglés en la época victoriana" no identifica a un sistema momentáneo aunque selecciona a un segmento temporal t , i. e. la época victoriana, del sistema jurídico inglés. Esto significa que un sistema momentáneo siempre existe en un segmento temporal t , aunque la implicación recíproca puede cuestionarse: en un segmento temporal t pueden existir más de un sistema momentáneo e, incluso, puede discutirse acerca de la posibilidad de que en un segmento temporal t no exista sistema momentáneo alguno. Antes de evaluar esta posibilidad es necesario analizar el concepto de sistema jurídico.

La noción de *sistema jurídico* proporcionada por Raz es ambigua.¹¹ Por

¹⁰ Raz, J., *The Concept of a Legal System*, ob. cit. en nota 1, pp. 34-35.

¹¹ Bulygin, E., "Time and Validity", en *Deontic Logic, Computational Linguistic and Legal Information System*, Martino (comp.), North Holland PC, Amsterdam, 1982, p. 80.

una parte, afirma que los sistemas jurídicos momentáneos *pertenecen* a un sistema jurídico, y, por otra parte, sostiene que un sistema jurídico momentáneo es un *subconjunto* de un sistema jurídico.

Vamos a aprovecharnos de esta ambigua caracterización mediante el uso de las nociones de pertenencia e inclusión, para desarrollar dos posibilidades distintas:

A) La primera caracterización supone que un sistema jurídico, al que de ahora en adelante denominaremos *orden jurídico*, es una secuencia de sistemas jurídicos momentáneos — de ahora en adelante *sistemas jurídicos*. Es decir, un sistema jurídico S_j pertenece al orden O_j si tiene una propiedad P que define la relación de membrecía, i. e. legalidad del cambio de normas.

En este sentido, al analizar la creación de una norma N_j , que no pertenecía al sistema jurídico S_{j_1} , decimos que pertenece al sistema jurídico S_{j_2} . Así, Bulygin afirma:¹²

cada vez que una nueva norma es agregada a un sistema jurídico tenemos un sistema diferente, porque el conjunto de normas que pertenece al sistema es distinto (a menos que la nueva norma sea completamente redundante — en cuyo caso no sería “nueva”—).

Sin embargo, según esta distinción — que presupone un criterio semántico de identificación — no puede sostenerse que una norma N_j pertenezca al orden jurídico O_j . Debemos decir que la norma N_j pertenece al sistema jurídico S_{j_2} ; el cual, a su vez, es un miembro del orden jurídico O_j .¹³

De acuerdo a esta caracterización tiene cierta plausibilidad la afirmación de Raz:¹⁴

Es lógicamente imposible para un sistema jurídico contener sistemas jurídicos momentáneos vacíos. En otras palabras, no existe ningún momento en el cual un sistema jurídico exista y no tenga ninguna disposición jurídica válida en ese momento.

Sin embargo, Raz no es excesivamente claro y su afirmación tiene que ser reformulada. Es lógicamente imposible (por definición de siste-

¹² Bulygin, E., “Time and Validity”, ob. cit. en nota 11, p 67.

¹³ La relación de pertenencia no es transitiva. Por ejemplo: aunque Kelsen es un miembro de la escuela vienesa y la escuela vienesa es un miembro de la clase de las escuelas iusfilosóficas, no puede afirmarse que Kelsen pertenece al conjunto de escuelas iusfilosóficas, ya que Kelsen no es una escuela sino un miembro de una escuela.

¹⁴ Raz, J., *The Concept of a Legal System*, ob. cit. en nota 1, p. 35.

ma normativo) que un sistema normativo sea un sistema vacío, ya sea momentáneo, no-momentáneo, jurídico, moral, etc. Si el sistema tiene normas, entonces no es vacío y si el sistema no tiene normas, entonces no es un sistema normativo. La plausibilidad de la afirmación de Raz surge al no identificar implícitamente un sistema momentáneo T con un enunciado acerca de un momento T de la existencia de un orden jurídico. En este sentido, es lógicamente imposible identificar entre dos sistemas momentáneos SJ y SJ' un segmento temporal t que no contenga ningún sistema momentáneo y, simultáneamente, afirmar que S_j y S_{j'} pertenecen al mismo orden jurídico OJ.

B) La segunda caracterización supone que un sistema jurídico S_j es un subconjunto (está incluido en) de un orden jurídico OJ. Un orden jurídico OJ sería un conjunto de normas, y un sistema jurídico S_j es un subconjunto de ese conjunto en un momento t determinado. A su vez, una norma N_j pertenece a un orden jurídico OJ si y sólo si tiene una determinada propiedad P (i. e. vigencia). Lo que diferencia a los miembros de cada subconjunto es la posesión de una propiedad definitoria P en momentos t₁, t₂,..., t_n diversos. Por ejemplo, sea H el conjunto de seres humanos; puede decirse que Kelsen pertenece al subconjunto H_j en el año 1970, y por esa razón Kelsen pertenece a H, puesto que H_j está incluido en H, aunque no pertenece al subconjunto H_{j+n} en el año 1990.

De la misma forma, una norma N_j puede pertenecer al subconjunto S_j, en el momento t_j, estando el subconjunto S_j incluido en OJ, y no pertenecer (i. e., por no ser vigente) al subconjunto S_{j+n} en el momento t_{j+n}.

Para esta caracterización la afirmación de Raz de que es imposible lógicamente identificar sistemas jurídicos momentáneos vacíos también es discutible: una consecuencia trivial de la definición de inclusión entre conjuntos es que el conjunto vacío (cualquiera sea lo que esto signifique para los conjuntos de normas) está incluido en cualquier conjunto. Podría replicarse, nuevamente, a partir de los enunciados respecto de un momento o segmento temporal del orden jurídico. Aunque el conjunto vacío sea un subconjunto de todo orden jurídico, ningún subconjunto de un orden jurídico en un momento t dado es vacío.

III. La dinámica de los sistemas jurídicos

Las dos caracterizaciones de los sistemas jurídicos presentados hasta ahora permiten compaginar el cambio de los sistemas jurídicos con la identidad del orden jurídico. Sin embargo, la explicación del cambio es distinta.

A) Para la primera caracterización, de acuerdo con la cual los sistemas jurídicos son miembros del orden jurídico, el problema básico es explicar cómo algunas normas que pertenecían a otros sistemas jurídicos anteriores en la secuencia pertenecen también al sistema jurídico subsiguiente. Para ello es preciso postular el siguiente *principio de supervivencia*:¹⁵

PS: Si una norma N_j pertenece a un sistema jurídico S_j , entonces pertenece a todos los sistemas jurídicos sucesivos a S_j hasta su egreso (eliminación).

De esta forma es posible explicar en qué sentido cambian los sistemas jurídicos, y en qué sentido el orden jurídico se expande a partir de la contracción o expansión de los sistemas jurídicos.¹⁶

B) Para la caracterización de los sistemas jurídicos como subconjuntos del orden jurídico, el problema es más bien cómo una nueva norma N_j aparece en el orden jurídico. Es preciso postular aquí un principio de supervivencia distinto, al que llamaremos PS':

PS': Una norma N_j pertenece al orden jurídico OJ en el momento t_j , si y sólo si es introducida en un momento t anterior o igual a t_j y no es eliminada en ningún momento t' posterior a t y anterior o igual a t_j .

En este supuesto, el orden jurídico OJ en un momento t_j determinado es siempre una expansión o contracción del mismo orden jurídico OJ en un momento t_{j-1} anterior a t_j . Puede ser tentador afirmar que las dos explicaciones de la relación entre sistema y orden jurídico son solamente dos maneras diferentes de decir la misma cosa. Sin embargo, nuestro objetivo es destacar que no es posible comprender la naturaleza del orden jurídico sin explicitar sus características lógicas, ya que la selección y resolución de determinados problemas pueden depender de la elección de una concepción específica del orden jurídico. En este aspecto es aconsejable aceptar un "principio de tolerancia" y fomentar la investigación de ambas concepciones. En lo que resta de este trabajo, cediendo al peso de la tradición, nos concentraremos en el análisis de la relación de pertenencia entre sistemas y orden jurídico.

IV. Criterios de identificación

La distinción entre "sistema jurídico" y "orden jurídico" conlleva la ne-

¹⁵ Alchourrón, C. y Bulygin, E., "The Expressive Conception of Norms", en *New Studies in Deontic Logic*, Hilpinen (comp.), Reidel PC, Dordrecht, 1981, p. 101.

¹⁶ Alchourrón, C. y Bulygin, E., "Sobre el concepto de orden jurídico", ob. cit. en nota 7, pp. 9 y ss.

cesidad de proporcionar un criterio de existencia de los sistemas jurídicos por la siguiente razón: un sistema S_j , originado en un momento t , puede ser "efímero", i. e. sustituido por un sistema S_{j1} al poco tiempo de t . La existencia de S_j no es necesariamente un "hecho social", y, entonces, es preciso explicitar en qué sentido de "existencia" es verdadero el enunciado "el sistema S_j existe en el momento t ".¹⁷ A semejanza de las normas jurídicas, la existencia de un sistema S_j puede considerarse una función de la membrecía de S_j a un orden jurídico O_j . Por consiguiente, verificar la existencia de un sistema S_j presupone un criterio de identificación de los órdenes jurídicos. Recientemente, E. Bulygin ha propuesto el siguiente criterio de identificación:¹⁸

Estamos en condiciones de formular el siguiente *criterio de identificación* de un orden jurídico determinado O_i :

(1) El conjunto de normas ($N_1, N_2, \dots, N_n$) es el sistema originario (primera constitución) de O_i .

(2) Si una norma N_j es válida en un sistema S_t , que pertenece a O_i , y N_j faculta a la autoridad x a promulgar la norma N_k y x promulga en el momento t la norma N_k , entonces N_k es válida en el sistema S_{t+1} (es decir, en el sistema correspondiente al momento siguiente a t) y S_{t+1} pertenece a O_i .

(3) Si una norma N_j es válida en un sistema S_t , que pertenece a O_i , N_j faculta a la autoridad x a derogar la norma N_k que es válida en S_t y x deroga N_k en el momento t , entonces N_k no es válida en el sistema S_{t+1} (correspondiente al momento siguiente a t) que pertenece a O_i .

(4) Las normas válidas en un sistema S_t , que pertenece a O_i , que no han sido derogadas en el momento t , son válidas en el sistema S_{t+1} de O_i (que corresponde al momento siguiente a t).

(5) Todas las consecuencias lógicas de las normas válidas en un sistema S_t , que pertenece a O_i , también son válidas en S_t .

El esquema definicional propuesto por Bulygin tiene el mérito de proporcionar una respuesta a las siguientes cuestiones:

- a) criterio de pertenencia del sistema originario S_0 al orden jurídico O_j ,
- b) criterio de pertenencia a O_j de los sistemas sucesivos a S_0 ,
- c) criterio de ingreso y egreso de normas a los sistemas jurídicos,
- d) tipo de estructura de los sistemas jurídicos.

La regla (1) identifica al orden jurídico O_j y al sistema originario S_0 , las reglas (2) a (5) identifican la estructura del orden. Las reglas (2), (3) y (4)

¹⁷ Navarro, P., *La eficacia del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, cap. V.

¹⁸ Bulygin, E., "Algunas consideraciones acerca de los sistemas jurídicos" en *Doxa*, N° 9 (1991).

explican el carácter dinámico del orden (la regla (4) expresa el principio de supervivencia PS) y la regla (5) confiere carácter sistemático a los diversos sistemas jurídicos pertenecientes al orden. Mediante este esquema definicional es posible reconstruir *un uso* de la expresión “orden jurídico”. Sin embargo, es importante advertir algunos problemas vinculados con esta reconstrucción:

a) *La identificación de la constitución originaria.* De acuerdo a (1) la identidad del orden depende de los sistemas que a él pertenecen, y cualquier cambio ilegal de la constitución implica el surgimiento de un nuevo orden jurídico; ya que el nuevo sistema —resultante de la norma inválida— no puede fundamentar su existencia en el sistema originario. El problema es el siguiente: ¿cuándo una norma inconstitucional (inválida) conlleva una ruptura del orden jurídico y resulta en la conformación de un nuevo sistema originario? Es necesario destacar que tiene sentido afirmar que existe un nuevo orden jurídico *solamente* a raíz de que la norma inválida es suficiente para dar lugar a un nuevo sistema originario. Por tanto, ¿siempre que se promulga una norma inconstitucional se sustituye un orden O_j por otro O_{ji} ? Una posible respuesta, enunciada por von Wright, es afirmar que las normas inválidas marcan una “retirada” del sistema y no implican un cambio de orden jurídico.¹⁹ (Consideraremos esta respuesta en el apartado c), al analizar con cierto detalle el problema de las normas inválidas.) Una respuesta “realista” sería admitir que si las normas inconstitucionales adquieren eficacia, entonces modifican el orden jurídico y constituyen un nuevo sistema originario. Otra posible respuesta es introducir un criterio de relevancia (CR) y seleccionar un “núcleo básico” cuya modificación ilegal implica un cambio de orden jurídico. La objeción obvia a esta alternativa es la dificultad de justificar intersubjetivamente a CR. En los casos de cambio de orden jurídico, parte de las normas del anterior orden forman parte de los sistemas del nuevo orden jurídico y, por ello, el criterio de identificación propuesto requiere una modificación. Se trata del problema que Kelsen denominaba *recepción* de normas.²⁰ Tal vez habría que incluir en el criterio de identificación una generalización del principio de supervivencia con el siguiente contenido:²¹

¹⁹ Von Wright, G., *Norma y acción: una investigación lógica*, trad de P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1971, p. 208. Navarro, P., “La validez de las normas en *Norma y acción*”, *Análisis Filosófico*, X, N° 2 (1990).

²⁰ Kelsen, H., *Teoría general del derecho y el Estado*, ob. cit. en nota 8, p. 139.

²¹ Finnis, J., “Revolutions and Continuity of Law” en *Oxford Essays in Jurisprudence*, A. Simpson (comp.), Clarendon Press, Oxford, 1972, p. 63. Cf. también Hernández Marín, R., *El derecho como dogma*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 21.

Si una norma N_j pertenece a un sistema S_j que es miembro de un orden O_j , entonces pertenece a todos los sistemas jurídicos sucesivos a S_j de todos los órdenes jurídicos sucesivos a O_j hasta su eliminación.

b) *Las disposiciones derogatorias*. Entre la norma N_j que autoriza a la autoridad x a crear la norma N_k y la creación de N_k no se interpone ninguna disposición; en cambio, entre la norma N_j que autoriza a la autoridad x a derogar N_k y la derogación de N_k se interpone la disposición derogatoria D_j , que dice: "La norma N_k queda derogada". Esto ha llevado a algunos teóricos²² a sostener que tales disposiciones no pertenecen a ningún sistema jurídico en la secuencia de sistemas, sino que están, como los actos de creación de normas, *entre* los sistemas jurídicos. Sin embargo, las disposiciones derogatorias también se promulgan y pertenecen a los sistemas jurídicos. Tal vez pueda sostenerse que las disposiciones derogatorias tienen una existencia fugaz. Como Kelsen escribió:²³

Si [la norma derogatoria] ha cumplido su función, es decir, si la norma a la que se refiere ha perdido su validez, entonces también la norma derogatoria... perderá su validez.

Kelsen añade — en contra de una práctica firme²⁴ — que carecería de sentido tratar de derogar una disposición derogatoria, y este extremo también sugiere que las disposiciones derogatorias no pertenecen a ningún sistema jurídico.

De todas formas esta existencia "fugaz" de las disposiciones derogatorias resta sin clara explicación, porque si "existencia" no significa aquí "pertenencia", entonces no podríamos decir, contra los usos comunes, que una disposición derogatoria es válida o inválida.

c) *Criterios de legalidad y deducibilidad*. Las cláusulas (2), (3), (4) y (5) establecen la estructura del orden jurídico y sirven para determinar los criterios de pertenencia de una norma a un sistema jurídico. La cláusula (1) determina el criterio de pertenencia de las normas *independientes*, las cláusulas (2), (3) y

²² J. Bentham, por ejemplo, escribió: "En relación a las leyes derogatorias (*de-obligative laws*) en un cuerpo normal de derecho no habrá ni necesidad ni lugar para ellas: su único cometido es destruir otras leyes: y perecen cuando han realizado su función". Bentham, J., *Of Laws in General*, H. Hart (comp.), Clarendon Press, Oxford, 1970, p. 233.

²³ Kelsen, H., "Derogation", en *Essays in Legal and Moral Philosophy*, O. Weinberger (comp.), Reidel PC, Dordrecht, 1973, p. 262.

²⁴ Finnis, J., "Revolutions and Continuity of Law", ob. cit. en nota 21, p. 61. Bacque, J., "Doble negación y doble derogación" y Carrió, G., "Un supuesto principio absoluto puesto en jaque" en *Notas de Filosofía del Derecho*, N° 1, 1964.

(4) establecen el criterio de *legalidad*, que confiere el carácter dinámico al orden jurídico y la cláusula (5) establece el criterio de *deducibilidad*.²⁵

Según el criterio de legalidad, las normas inválidas (las leyes inconstitucionales, las sentencias ilegales, etc.) no pertenecen a ningún sistema jurídico. Bulygin reconoce este extremo, y sugiere distinguir con claridad entre las nociones de *pertenencia* y *aplicabilidad*.²⁶ Una norma puede no pertenecer a un sistema jurídico S_t y sin embargo ser aplicable en el momento t : por ejemplo, en la mayoría de los códigos penales el juez debe aplicar la norma penal más favorable entre el momento de la comisión del delito y el momento de dictar sentencia, así puede ser que resulte aplicable una norma de un sistema jurídico S_{t-n} , que en el momento t está ya derogada. Incluso es posible que sean aplicables normas que nunca han pertenecido a ningún sistema jurídico del orden jurídico en cuestión.²⁷ Bulygin sostiene que lo mismo ocurre con las normas inválidas, dictadas por una autoridad incompetente. En el supuesto de una ley inconstitucional, afirma:²⁸

Una ley de estas características [inconstitucional] puede ser aplicable, por ejemplo, si el Tribunal Constitucional la declaró constitucional. Ahora bien, la constitucionalidad de una ley no depende de lo que diga el Tribunal Constitucional y una ley que no fue dictada por una autoridad competente sigue siendo inconstitucional, aunque el Tribunal diga lo contrario. Pero es el pronunciamiento del Tribunal Constitucional el que determina la aplicabilidad de la ley. Si el Tribunal dice (erróneamente) que la ley es constitucional, la ley será aplicable, aunque no sea válida en el sistema.

Si bien es necesario distinguir las nociones de *pertenencia* y *aplicabilidad*, es preciso destacar que una ley inconstitucional tiene importantes diferencias con una ley penal derogada pero más favorable o con una ley aplicable de un ordenamiento extranjero. Por una parte, mientras la primera puede ser derogada, carece de sentido plantearse la derogación de las otras dos: no es posible derogar una norma derogada o una norma perteneciente a un sistema jurídico extranjero.²⁹ Por otra parte, un juez está obligado en un momento t a aplicar un conjunto de normas $C_1, \dots, C_n$ en virtud de un criterio de aplicabilidad perteneciente al sistema jurídico del momento t . Sería extraño, sin embar-

²⁵ Caracciolo, R., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, ob. cit. en nota 9, pp. 31 y 35.

²⁶ Bulygin, "Algunas consideraciones acerca de los sistemas jurídicos", ob. cit. en nota 18 y "Time and Validity", ob. cit. en nota 11.

²⁷ Así ocurre con las normas pertenecientes a sistemas jurídicos extranjeros, en los casos regulados por el Derecho Internacional Privado.

²⁸ Bulygin E., "Algunas consideraciones acerca de los sistemas jurídicos", ob. cit. en nota 18.

²⁹ Podría argumentarse que hay dos sentidos de "derogación": eliminación de la pertenencia y cese de aplicabilidad, aunque este último sentido es similar a una hipótesis *ad hoc*.

go, sostener que el criterio de aplicabilidad obliga al juez a aplicar normas inconstitucionales (que no pertenecen al sistema) y, simultáneamente, exigir al juez que fundamente *jurídicamente* su decisión. Si la norma N es inválida, entonces no pertenece a ningún S_j y, por ello, N no es una *norma jurídica*. Si la sentencia S se fundamenta en N, entonces S carece de fundamento jurídico.

Hay un problema adicional, que no es advertido al restringir el análisis a las normas generales. Una decisión judicial puede ser inválida no sólo por tener un contenido contrario a las normas generales, sino también por ser dictadas por un órgano incompetente.³⁰ En este último caso, la norma que el juez dicta puede pertenecer al sistema como norma derivada, en virtud del principio de deducibilidad. Pero, en virtud del principio de legalidad la norma del juez es inválida y no pertenece al sistema. Si el criterio de identificación de normas es semántico,³¹ entonces la norma individual S expresada en la sentencia judicial tiene propiedades incompatibles: S pertenece al sistema (por aplicación del principio de deducibilidad) y S no pertenece a S_j (por aplicación del principio de legalidad). Una manera de resolver esta dificultad es abandonar el criterio semántico de identificación y señalar que, en el caso de una sentencia judicial "contra legem", la norma individual pertenece al sistema como norma *no-formulada* y no pertenece al sistema la *formulación* de la norma dada por el juez. La conveniencia de distinguir³² entre normas formuladas y normas no-formuladas puede resaltarse al considerar la siguiente asimetría en sus condiciones de eliminación: para el egreso del sistema de una norma formulada N no es necesario ni suficiente el egreso de la norma de competencia que constituyó el fundamento de N; pero para el egreso de una norma no-formulada N' es necesario y suficiente el egreso de las normas que implican a N'. En este sentido, esta línea argumental puede conducir a un criterio mixto de identificación de normas³³ y el concepto de "competencia" abarcaría (i) capacidad de alterar el *contenido conceptual* del sistema y (ii) capacidad para alterar la *formulación* del sistema.

³⁰ Hart, H., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961, p. 30

³¹ Para un extenso desarrollo de este principio de identificación, véase, Alchourrón C. y Bulygin, E., "Definiciones y normas" en *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro Carrió*, Bulygin et al. (comps.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 11 y ss.

³² Posiblemente, la falta de una clara distinción en este punto conduce a Caracciolo (ob. cit., p. 64) a sostener que, si los criterios de legalidad y deducibilidad son ambos necesarios y conjuntamente suficientes para la pertenencia de las normas al sistema S_j , entonces S_j es inmodificable. Es fácil advertir que si las normas "p $\rightarrow$ q" y "p" son formuladas en S_j , la norma "q" no pertenece a S_j y, por tanto, su promulgación por una autoridad competente modifica la formulación del sistema y da lugar a un sistema S_{j1} .

³³ Bulygin, E., "Legal Dogmatics and the Systematization of Law", ob. cit. en nota 9, p. 203.

Una posible solución al problema de las normas inválidas (y por consiguiente al problema de la identificación del sistema originario) puede provenir de la distinción entre tres nociones: *vigencia*, *validez* y *aplicabilidad*. Las dos primeras han sido distinguidas claramente por V. Wright.³⁴

Uno de los usos de los términos “válida” e “inválida” en contextos jurídicos y otros contextos normativos es decir que una norma, cuya promulgación es permitida por otra norma, es *válida* y que una norma, cuya creación está prohibida por otra norma, es *inválida*. En particular este uso de “inválida” es común. Que una norma es inválida significa muy a menudo que la autoridad, que la promulgó, transgredió su competencia tal y como estaba determinada por el derecho. Debe señalarse que existe otro uso de “válida” e “inválida” como atributos de las normas. Ahora los términos significan que las normas están “en vigor” [“in force”] y no están “en vigor”, respectivamente. Decir que una norma está en vigor es otra forma de decir que existe. Decir que no está en vigor significa habitualmente que ya no existe.³⁵

Las condiciones bajo las cuales es verdadero afirmar que una norma N es *vigente* son difíciles de enumerar con precisión ya que se basan en prácticas complejas de los miembros de un grupo social. En este sentido, la vigencia de una norma N puede ser considerada una función de la existencia social de N. Sin embargo, el carácter social de N puede ser un requisito demasiado fuerte puesto que muchas normas inconstitucionales no tienen trascendencia entre los miembros de una comunidad. Pero el problema que hay que enfrentar es el siguiente: ¿por qué ante una ley inconstitucional es necesario acudir ante los organismos judiciales pertinentes y, eventualmente, derogar la norma inconstitucional, mientras que nadie considera seriamente la derogación o la aplicación de una norma emitida por un loco, o por un actor en el escenario? Si por “promulgación” de una norma, solamente significamos la formulación en un lenguaje, entonces, tanto la

³⁴ Von Wright, G. H., “The Foundation of Norms and Normative Statements”, cit. en nota 1, p. 72. Véase también *Norma y acción*, ob. cit. en nota 19, p. 200. También distinguen entre vigencia y validez de forma semejante a la aquí presentada, Hoerster, N., “‘Wirksamkeit’, ‘Geltung’, und ‘Gültigkeit’ von Normen. Ein empiristischer Definitionsvorschlag” en Mayer-Mally, D.; Simons, P. M. (comps.), *Das naturrechtsdenken heute und morgen, Gedächtnisschrift für René Marcic*, Duncker & Humboldt, Berlín, 1983, pp. 585-596 y Kliemt, H., *Las instituciones morales. Las teorías empiristas de su evolución*, trad. de J. M. Seña, Alfa, Barcelona-Caracas, 1986, pp. 193-195.

³⁵ Con la introducción de la noción de vigencia, puede decirse que una norma de derecho extranjero es no-vigente, inválida pero puede ser aplicable en algunos supuestos, y una norma inconstitucional es vigente, inválida y puede ser aplicable.

norma inconstitucional como la dictada por el actor en la escena son normas promulgadas. Esa es la razón por la que creemos conveniente introducir un concepto de vigencia para designar un estado de cosas que excede a la existencia formal de una norma. El análisis del concepto de vigencia se halla ante algunas complicaciones similares al análisis del concepto de promesa en lo relativo a la dificultad de establecer las condiciones necesarias y suficientes para la aplicación del concepto: las condiciones necesarias y suficientes del acto de prometer.³⁶ Puede sostenerse que una norma N es vigente si y sólo si N ha sido promulgada exitosamente. Determinar las condiciones en que una norma N es *exitosamente* promulgada es delimitar las condiciones que hacen que una norma (jurídica) exista socialmente.³⁷

Es preciso señalar que el punto de discusión no se centra en la existencia de este tipo de normas inválidas,³⁸ sino en los criterios de pertenencia al Derecho elegidos. Si se concibe el Derecho como un sistema, entonces no cabe un criterio de pertenencia al sistema que permita la membrecía de normas inválidas porque, entre otras razones, ello hace al sistema contradictorio. En cambio, si el Derecho se concibe como un conjunto de normas, sin presuponer que exista ninguna estructura en ese conjunto, la membrecía de normas inválidas no presenta ningún problema y la vigencia puede bastar como criterio de pertenencia.

De esta forma la discusión no versa sobre los hechos: se acepta que las normas inválidas existen, sino sobre la reconstrucción conceptual más adecuada. En este sentido, podría pensarse que la polémica versa sobre pala-

³⁶ Véase sobre este punto Searle, John, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, trad. de L. M. Valdés Villanueva, Cátedra, Madrid, 1980, pp. 65-69.

³⁷ Véase este paralelismo entre prometer y promulgar normas en von Wright, G. H., *Norma y acción*, ob. cit. en nota 19, p. 132.

³⁸ E. Bulygin distingue claramente varios sentidos de existencia de normas: uno de ellos es la existencia social de las normas y otro, aun más débil, al que denomina "existencia formal", para la cual basta la enunciación de una oración normativa. Véase Bulygin, E., "An Antinomy in Kelsen's Legal Theory", en *Ratio Juris*, 3 (1990), pp. 37-38. En concreto, sobre las normas inconstitucionales Alchourrón y Bulygin escriben: "Es cierto que los juristas habitualmente están interesados en aquellas normas que existen y son válidas, pero en algunos contextos consideran también normas inválidas (aunque existentes). El caso paradigmático es el de una ley inconstitucional, por ej., una ley emitida por el legislador (y, por tanto, existente), pero cuya emisión está prohibida por la constitución. Tal ley es inválida, pero ningún jurista diría que no existe. Precisamente porque existe estamos interesados en su revocación, que puede requerir un procedimiento complejo. Mas ningún jurista se preocuparía de la revocación de una norma que no existe, por ej., que no ha sido promulgada. Una norma no existente no es una norma, pero una norma inválida ciertamente es una norma, puesto que ha sido promulgada. Una norma no existente no es una norma, pero una norma inválida ciertamente es una norma, puesto que ha sido promulgada". Alchourrón, C.; Bulygin, E.: "Von Wright on Deontic Logic and the Philosophy of Law" en Schilpp, P. A.; Hahn, L. E.: *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Open Court, La Salle, Illinois, 1989, p. 673.

bras: para una concepción las normas inválidas no son jurídicas —en el sentido de que no pertenecen a ningún sistema jurídico—, para la otra concepción las normas inválidas son jurídicas —puesto que el criterio de pertenencia al conjunto de normas jurídicas es la vigencia—. Sin embargo, en la discusión subyace una aproximación distinta al problema de la existencia del Derecho en una sociedad. La noción de vigencia permite una aproximación *descriptiva*, que no presupone que el Derecho tenga una estructura sistemática. La noción de validez tiene ahora una dimensión *normativa*, establece determinados parámetros susceptibles de evaluar la adecuación de los conjuntos normativos.

V. Orden jurídico y sistema jurídico

La explicación de la dinámica de los sistemas jurídicos está basada en el ingreso y egreso de normas jurídicas y, por ello, es imprescindible contar con criterios de identificación. Uno de los criterios más difundidos sostiene que la existencia de una norma depende de un acto de voluntad con el objeto de guiar el comportamiento de los sujetos; es decir: una acción normativa. A pesar de que sus defectos y límites son bien conocidos, la simplicidad y profundidad de esta idea constituye un referente importante al elaborar un modelo de sistema y orden jurídico.³⁹ En este sentido, Bulygin afirma:⁴⁰

a todo intervalo temporal entre dos *actos* normativos corresponde un sistema y que *todo acto* de promulgación y *todo acto* de derogación (realizados por una autoridad competente) dan lugar a un nuevo sistema que integra la serie (las cursivas son nuestras).

Por su parte, Caracciolo afirma:⁴¹

un orden jurídico puede ser pensado como una serie temporal discreta, en donde el cambio de un sistema S a otro S1 se produce como resultado de *actos* que tienen lugar en un lapso intermedio. Tales *actos* también pueden consistir en reemplazo de normas, esto es, en la derogación y emisión simultánea (las cursivas son nuestras).

³⁹ Von Wright, G., "Problems and Prospects of Deontic Logic. A Survey", en *Modern Logic. A Survey*, Agazzi, E. (comp.), Reidel, Dordrecht, 1980, p. 408.

⁴⁰ Bulygin, E., "Algunas consideraciones acerca de los sistemas jurídicos", ob. cit. en nota 18.

⁴¹ Caracciolo, R., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, ob. cit. en nota 9, p. 67.

A partir de esta caracterización del orden jurídico, puede considerarse al criterio de legalidad como la propiedad definitoria de la pertenencia de los sistemas jurídicos al orden jurídico. Este criterio puede enunciarse del siguiente modo: *Criterio de Pertenencia (CP)*:

1) un sistema jurídico S_j pertenece al orden jurídico O_j si y sólo si:⁴²

a) las normas inéditas de S_j , con respecto al contenido del sistema anterior S_{j-1} que pertenece a O_j , han sido emitidas mediante actos autorizados por normas que pertenecen a S_{j-1} ;

b) las normas de S_{j-1} que no pertenecen a S_j han sido derogadas por actos autorizados de normas de S_{j-1} .

El principio de legalidad también podría servir para definir relaciones intersistemáticas:⁴³

2) Un sistema S_j es inferior a S_{j-1} si:

a') una de sus normas ha sido promulgada conforme a normas de S_{j-1} ;

b') una norma ha sido derogada conforme a normas de S_{j-1} en el cambio a S_j .

Sin embargo, ambos puntos (1 y 2) son cuestionables en razón de la fuerte dependencia del modelo respecto de los actos de las autoridades normativas. Pueden señalarse las siguientes objeciones:

(i) en los casos de normas consuetudinarias o de normas que autolimitan su ámbito de validez temporal, la sustitución de los sistemas no puede ser analizada con los criterios propuestos, ya que no existen *actos normativos* en el cambio de un sistema S_{j-1} a S_j . Por consiguiente, de acuerdo a CP, los sistemas originados en el tipo de normas antes mencionadas no pertenecen al orden jurídico.

(ii) Un intento de salvar estas dificultades consiste en romper la dependencia entre sistemas y acciones normativas. Desde una perspectiva semántica de identificación de normas, las acciones normativas no son necesarias ni suficientes para la modificación del contenido conceptual del sistema. Por una parte, generalmente en el caso de promulgación de una norma redundante o derogación de una formulación normativa (derogación formal) el sistema no se modifica. Por otra parte, en los casos de normas consuetudinarias y autolimitación del ámbito de validez temporal, el contenido conceptual del sistema se modifica sin ningún acto de promulgación o derogación. Pero esto conlleva a descartar al principio de legalidad como una condición necesaria para la pertenencia de un sistema al orden O_j . Hay que destacar también que, en este caso, el principio de legalidad no puede definir a las relaciones intersistemáticas ("supe-

⁴² Caracciolo, R., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, ob. cit. en nota 9, p. 68. Bulygin E., "Algunas consideraciones acerca de los sistemas jurídicos", ob. cit. en nota 18.

⁴³ Caracciolo, R., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, ob. cit. en nota 9, pp. 68 y 69.

rior-inferior”). Para mostrar esta dificultad es necesario recordar la siguiente afirmación de Bulygin:⁴⁴

dos sistemas consecutivos nunca son idénticos, pero sistemas no consecutivos pueden ser idénticos, si bien de hecho suelen ser diferentes.

Por tanto, un sistema S_{j_0} es superior a S_{j_1} en razón de la promulgación de N conforme a S_{j_0} , S_{j_1} es superior a S_{j_2} en razón de la derogación de N conforme a S_{j_1} y S_{j_2} puede ser idéntico a S_{j_0} en razón de tener los mismos contenidos normativos. Esta situación puede representarse de la siguiente manera: $S_{j_0} > S_{j_1}$; $S_{j_1} > S_{j_2}$ y $S_{j_0} = S_{j_2}$. En este punto enfrentamos las siguientes alternativas: (i) el sistema S_{j_1} es superior e inferior a S_{j_0} y S_{j_2} , siendo S_{j_0} y S_{j_2} equivalentes; (ii) la relación de jerarquía no es transitiva, irreflexiva y asimétrica.⁴⁵

VI. Conclusiones

a) La promulgación y la derogación son *vías normales* de sustitución de sistemas, pero no son necesarias ni suficientes para el cambio de los sistemas jurídicos. Esto no significa que las acciones y actitudes de las autoridades normativas sean irrelevantes. Por el contrario, en los casos de emancipación pacífica de un nuevo Estado, las diferencias entre el orden jurídico de la metrópoli y la ex colonia no puede establecerse analizando solamente las relaciones de legalidad, sino también por las actitudes de los sujetos y autoridades.⁴⁶ En este sentido, las relaciones de legalidad entre las normas de los sucesivos sistemas no son necesarias ni suficientes para la identidad del orden jurídico. Por el contrario, dependerá de las actitudes que adopten los sujetos y autoridades ante la ruptura de las relaciones de legalidad. En la emancipación de una colonia se mantienen las relaciones de legalidad pero no se mantiene la identidad del orden jurídico. En determinados casos, como ocurrió en Argentina al reformarse ilegalmente en 1860 la Constitución de 1853, los sujetos y autoridades no distinguen diferentes ordenes jurídicos.

⁴⁴ Bulygin, E., "Time and Validity", ob. cit. en nota 11, p. 67.

⁴⁵ Tal vez, la relación de jerarquía entre sistemas jurídicos, concebida como una relación de orden parcial estricto (una relación irreflexiva, asimétrica y transitiva) sea un modelo de orden jurídico racional, pero no sirva para describir las relaciones entre sistemas jurídicos existentes. Véanse las consideraciones de Bulygin, E.: "Time and Validity", cit. en nota 11, p. 79; referidas a las relaciones de jerarquía entre normas aplicables, que pueden trasladarse a las relaciones de jerarquía entre sistemas pertenecientes a un orden jurídico.

⁴⁶ Raz, J., *The Concept of a Legal System*, ob. cit. en nota 1, pp. 102 y ss.

b) El criterio de legalidad es demasiado estricto ya que no permite identificar como pertenecientes a un conjunto normativo a las normas inválidas. El criterio de deducibilidad, por el contrario, es demasiado amplio ya que cualquier sistema jurídico S_j contendrá infinitas normas y, en casos de inconsistencia, *todas* las normas pertenecen a S_j .

c) Una aproximación descriptiva a un conjunto de normas jurídicas en un momento t , quizá, no permita establecer ninguna estructura en tal conjunto, es decir: los conjuntos de normas en un momento determinado no tendrían una estructura sistemática.

d) Los criterios de legalidad y deducibilidad (junto con el de jerarquía, completud, etc.) pueden ser criterios relevantes para *definir* a un orden jurídico racional.⁴⁷

e) Finalmente, si la tarea de la filosofía jurídica es reconstruir los criterios utilizados para identificar el orden jurídico, el límite de la tarea se encuentra cuando no existe un uso claro y consistente de tales criterios en la práctica cotidiana. Más allá de este punto sólo resta escoger definiciones y proponer un modelo normativo de orden jurídico y, en este sentido, el *orden jurídico* es un estado de cosas ideal.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA

ABSTRACT

The aim of this paper is the analysis of some problems related to the existence and identity of legal systems. Firstly, we introduce some criteria for the identification of norms and we study as well their connection with the question of dynamics of legal systems and the distinction between *legal system* and *legal order* (close to Raz's distinction between momentary legal system and legal system). Finally, we present a criterion of identification of legal order (coming from E. Bulygin) as a *model* of rational legal order and we discuss its adequation in order to explain the existence of Law in a given society.

⁴⁷ Von Wright, G., "Norms, Truth and Logic" en ob. cit. en nota 2, pp. 130-209.