

## FUENTES, VALIDEZ Y APLICABILIDAD DE LAS NORMAS

Carla HUERTA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El sistema de fuentes*. III. *La estructura del sistema de fuentes*. IV. *El sistema jurídico y las fuentes del derecho*.

### I. INTRODUCCIÓN

La relevancia del análisis del sistema de fuentes del derecho radica principalmente en su vinculación con la validez y aplicabilidad de las normas, esto se debe a que la pertenencia de éstas al sistema jurídico se define a partir de su origen o modo de producción, no obstante, su obligatoriedad depende en cambio, de otros factores, como por ejemplo, de su vigencia. Esto lleva a reflexionar sobre la posibilidad de distinguir entre la pertenencia de las normas a un sistema jurídico y su validez, y por ende, a cuestionar la posibilidad de distinguir entre las reglas de reconocimiento y las reglas de cambio como hace Hart.<sup>1</sup>

Por otra parte, en relación con la estructura constitucional, el sistema de fuentes no solamente constituye un elemento fundamental para el análisis de la dinámica del derecho, sino que debe ser considerado como correlativo al sistema de control de la constitucionalidad,<sup>2</sup> independientemente de que las fuentes han formado parte, tanto del derecho como de su estudio, desde tiempo antes de que se concibiera la necesidad de establecer un control de la constitucionalidad.

\* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

<sup>1</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pp. 116-123.

<sup>2</sup> Véase Huerta, Carla, “Constitución y diseño constitucional”, *Estado de derecho y transiciones*, Caballero y de la Garza (eds.), México, UNAM, 2002, pp. 28-31.

En el presente ensayo se pretende conocer la fuerza de las normas jurídicas y sus relaciones en un sistema jurídico estructurado conforme a los lineamientos de la teoría contemporánea del derecho constitucional. Esto se hará mediante el estudio del sistema de fuentes, ya que en virtud de la forma de producción o por los efectos que pueden producir las normas, es posible atribuirles un peso diferenciado. De manera complementaria se revisará la cuestión relativa a la fuerza de las normas en términos de su validez, lo cual conlleva admitir diversos presupuestos de funcionamiento del sistema jurídico<sup>3</sup> y de los modos en que las normas se ordenan y relacionan.

Es por ello que se partirá de la concepción del sistema jurídico como una pirámide compleja, en la que las normas que pertenecen a éste, se encuentran jerárquicamente subordinadas a la norma que establece su proceso de creación, y así sucesivamente hasta llegar a la primera norma, la Constitución, a la cual se deben conformar todas las normas del sistema. De tal forma, que la Constitución constituye el parámetro de referencia de las normas del sistema, ya que al establecer los procedimientos de creación, genera un sistema de fuentes, atribuyendo a cada fuente una posición y función distinta. Cada sistema jurídico puede contener uno o varios criterios de ordenación de sus normas, pero se puede afirmar que los criterios fundamentales son los de jerarquía y competencia.

En términos generales, el sistema de fuentes puede ser visto desde dos perspectivas en principio, como facultades y procedimientos de creación normativa (órganos con capacidad de modificar el sistema jurídico), o como tipos de normas (relaciones entre las normas). Además, existe otra posibilidad que ha sido desarrollada por la teoría de la argumentación, que es considerarlas como razones en la aplicación e interpretación de las normas. A pesar de que es posible hacer esta distinción, vale la pena

<sup>3</sup> El sistema jurídico debe cumplir con ciertos requisitos de funcionamiento como son el de coherencia e integridad que se encuentran aparejados a la noción de dinámica del propio ordenamiento jurídico. La coherencia del sistema jurídico implica además de una pretensión de ausencia de contradicción entre las normas de un mismo ordenamiento, es decir, consistencia, la congruencia de sus contenidos. La integridad se refiere también a la forma en que el sistema jurídico ha de ser interpretado, esto es, como una unidad sistemática, en la cual existen diversas relaciones entre las normas que lo componen, las cuales siempre deberán ser interpretadas como un todo. Sobre las denominadas propiedades formales del sistema jurídico véase Huerta, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, 2003, pp. 130-135.

mencionar desde ahora, que las tres perspectivas se encuentran estrechamente relacionadas.

## II. EL SISTEMA DE FUENTES

### 1. *El significado del concepto de fuentes*

La primera interrogante que debe ser resuelta para poder hablar de las fuentes del derecho es la determinación del significado del concepto de fuente, aunque cabe aclarar que no es mi intención dar una definición del concepto de fuente, ya que el hacerlo no resolvería la cuestión, puesto que el problema de las fuentes se centra más bien, en la identificación y organización de los criterios ordenadores de las mismas, lo cual permite conocer las relaciones que se generan entre éstas.

La doctrina ha sostenido que el término fuente<sup>4</sup> se refiere al lugar de donde el derecho procede, es decir, al origen de la norma, o más bien, a aquellos actos a los cuales el derecho concede eficacia de creación normativa. En otras palabras, el término “fuente” se refiere a los distintos tipos de procedimientos de creación normativa de normas “generales”, o mejor dicho, a las normas que regulan dicho procedimiento.

En cuanto a la generalidad de la norma, se puede decir que ésta bien se refiere al supuesto en relación con el sujeto o la ocasión. En el caso de que se refiera al sujeto, es decir, a quien se dirige la prescripción, la generalidad implica que el destinatario de la norma no se encuentra definido de manera específica. Para Von Wright, existen distintos tipos de prescripciones, así la norma puede ser *particular* si se refiere a un individuo en específico, o *general*, cuando se dirija a una clase de personas que responden a una determinada descripción. La ocasión determina la temporalidad y localización del contenido de la norma. Ésta puede tener

<sup>4</sup> Si bien el origen del término “fuente”, parece ser más bien metafórico, los teóricos del derecho han admitido su uso desde hace mucho tiempo. En la mayoría de los libros sobre teoría del derecho se encuentra referido a los tres tipos clásicos de fuentes: las formales, las reales y las históricas. De estas dos últimas no me ocuparé, puesto que sólo me interesa revisar las fuentes como procesos de creación de normas jurídicas. El estudio de las fuentes reales, es decir, de los agentes y factores que determinan el contenido de las mismas, corresponde a otras disciplinas. El aspecto que me interesa revisar de las fuentes formales, es la validez y aplicabilidad de las normas, más que los elementos que integran los procesos específicos de creación de normas.

distintos grados de generalidad según Von Wright, así, considera que una norma es *particular* cuando la prescripción es para una ocasión específica. Es *general* en cambio, si es para un número ilimitado de ocasiones, éstas pueden ser a su vez, conjuntiva o disyuntivamente generales. Estas consideraciones llevan a Von Wright a concluir que una norma es *particular* cuando es particular con relación al sujeto y la ocasión. Son generales en cambio, si las prescripciones son generales con relación al sujeto o la ocasión, y en caso de serlo ambas, entonces considera que la prescripción es *eminente general*.<sup>5</sup>

El principio de ordenación jerárquica de las normas en el orden jurídico utilizado por Kelsen obedece al criterio de generalidad, en virtud de lo cual la Constitución adquiere el rango supremo. La inclusión de las normas individualizadas en la base de la famosa pirámide se debe a la colaboración de Merkl, y debido a su carácter ocupan el nivel jerárquico más bajo.<sup>6</sup> Esta estructura piramidal, sin embargo, solamente indica el orden jerárquico de las normas en un sistema jurídico, pero no implica una asimilación de todas las normas que lo integran a la categoría de fuentes del derecho. De hecho, para Ignacio de Otto no es correcto definir las fuentes como actos que producen normas generales, ni tampoco haciendo referencia al criterio de permanencia solamente, es más, De Otto señala que incluso el criterio de la aplicación judicial es insuficiente para identificar las fuentes, sobre todo en el ámbito del derecho administrativo.<sup>7</sup> Sin embargo no propone un criterio de identificación, ni explica por qué razones cierto tipo de actos normativos son incluidos en la lista de fuentes que indica, pero otros son excluidos.

A pesar de la observación de De Otto, considero que para la identificación de las fuentes es importante partir de la generalidad de las normas para comenzar a determinar el universo de las fuentes. De otra manera, todos los actos de carácter normativo quedarían incluidos en la clase de

<sup>5</sup> Von Wright, *Norma y acción. una investigación lógica*, trad. de Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 93-99.

<sup>6</sup> Esta es la idea fundamental de la propuesta de Merkl, Adolf, *cfr.*, "Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues", *Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Schriften von H. Kelsen, A. Merkl, A. Verdross*, Viena, Verlag, 1968, pp. 1340 y ss. Como se mencionó también para Kelsen el criterio rector es el de jerarquía, así por ejemplo, véase *Introducción a la teoría pura del derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, p. 73.

<sup>7</sup> De Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 71 y 72.

las fuentes, salvo los actos de ejecución. De lo anteriormente señalado surgen algunas dudas sobre el uso del término “fuente” en el sentido de fuente formal, como por ejemplo, saber si es aplicable a los órganos creadores, a las normas de competencia que facultan para el ejercicio de la potestad normativa, al procedimiento de creación mismo, a todo en su conjunto, o simplemente, a la norma creada.

El término “fuente” no puede referirse a los órganos competentes que toman parte en el procedimiento que la norma superior describe, puesto que éstos realizan normalmente también otro tipo de actos, aunque Von Wright considera que puede ser utilizado en ese sentido.<sup>8</sup> Tampoco puede referirse al proceso de producción es su totalidad como conjunto de actos y acciones, sino solamente al acto normativo como tal, a la norma que genera derechos y obligaciones, y por ende, a las normas que regulan el proceso de creación. En consecuencia, se puede afirmar, que desde el punto de vista formal, hay dos acepciones básicas del término “fuente”: el proceso de creación y la norma.

En el primer sentido, el término “fuente”, ha sido entendido tradicionalmente como las reglas que prevén actos normativos que producen “normas generales” con vocación de permanencia, de esta manera es posible distinguirlo de la norma que emana de un acto de aplicación o del acto de ejecución, por ejemplo. En el segundo sentido, el término fuente se refiere más bien al resultado de dicho proceso. Como consecuencia el término fuente presenta una ambigüedad que se refiere tanto al proceso como al producto. Desde la perspectiva de la teoría de la acción, Von Wright<sup>9</sup> al hablar de la acción normativa, *disuelve* esta ambigüedad al señalar que la acción es el acto de dictar una norma y el resultado de la acción es la existencia (subsiguiente) de una norma.

De modo que si se ha de suponer que el concepto de fuentes solamente se refiere a las normas generales, entonces, y siguiendo a Kelsen<sup>10</sup> es necesario distinguir entre actos de creación normativa y actos de aplica-

<sup>8</sup> Según este autor, “fuente puede ser también una autoridad que dicta (promulga) normas para un grupo de gente”. Von Wright, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1988, Cuadernos 33, p. 86.

<sup>9</sup> Von Wright, *ibidem*, p. 95.

<sup>10</sup> Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Viena, Verlag Franz Deuticke, 1960, pp. 239-242.

ción, en primera instancia, y posteriormente definir el significado del término general en relación con las normas.

Para Kelsen el término fuente además de metafórico, es ambiguo, pero considera que las fuentes del derecho se refieren al fundamento de validez de una norma, aunque este término también puede utilizarse para referirse al último fundamento de validez de un sistema jurídico. La característica definitoria de una fuente entendida en sentido jurídico es su fuerza obligatoria que deriva de otra norma.<sup>11</sup> Los actos de creación significan que mediante el cumplimiento del procedimiento establecido, una norma es introducida al sistema jurídico, y como regla de conducta, su observancia es obligatoria. Esta regla es aplicable a un número indeterminado de casos, en principio, el acto de aplicación implica la individualización de la norma tomando en consideración las circunstancias de un caso específico, es decir, el sujeto, la ocasión, etcétera. Sin embargo, como Kelsen<sup>12</sup> señalaba, la aplicación es la creación de una norma inferior con fundamento en una norma superior, o la ejecución de un acto coactivo estatuido. De tal forma que todo acto de creación se vuelve un acto de aplicación, y éste a su vez, un acto de creación de otra norma, pudiendo ser esta última una norma individualizada. En consecuencia, la aplicación no se puede distinguir de la ejecución, salvo cuando se trata de un acto de ejecución, es decir, de un acto coactivo sin consecuencias normativas.

Sin la intención de dar una definición, ya que más bien reflexionaba sobre la clausura del sistema jurídico, Georg H. von Wright señalaba que: “en términos generales, un sistema normativo es una clase de normas que provienen de la misma “fuente”. Esta fuente puede consistir de algunos objetivos o valoraciones y lo que proviene de ella consiste en la derivación de un conjunto de normas o reglas de acción a partir de ellos.”<sup>13</sup> Aquí Von Wright utiliza el término fuente en un tercer sentido, al que también Kelsen hizo referencia, es decir, al fundamento último de validez de un sistema jurídico, o por decirlo en términos de Hart, a la regla de reconocimiento.

En cuanto a las fuentes del derecho, Bobbio<sup>14</sup> sostiene que son aquellos hechos o actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de las normas jurídicas, por lo que se puede considerar que

<sup>11</sup> Kelsen, *ibidem*, pp. 238 y 239.

<sup>12</sup> Kelsen, *ibidem*, p. 240.

<sup>13</sup> Von Wright, *op. cit.*, nota 8, p. 86.

<sup>14</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1998, pp. 170 y 171.

se refiere al procedimiento de creación. Por otra parte, Bobbio reconoce también que el ordenamiento jurídico, más allá de regular el comportamiento de las personas, regula también el modo como se debe producir la regla. De esta manera reconoce no sólo la existencia y relevancia de las denominadas normas secundarias por Hart,<sup>15</sup> que este autor considera como características del derecho, sino que admite como fuentes, uno de los tipos de reglas secundarias a lo que Hart se refiere, que son las reglas de cambio. Es desde esta perspectiva que Bobbio concibe a las fuentes como “normas de estructura”, ya que se pueden considerar como las normas para la producción jurídica, o sea, las normas que regulan los procedimientos de regulación jurídica, es decir, normas que según él, no regulan un comportamiento, sino el modo de regular un comportamiento, o más exactamente, el comportamiento que regulan tiene que ver con la producción de las reglas.<sup>16</sup>

Otra de la opciones de significado del término fuente, es la de considerarla como la norma misma. Si se acepta este significado, entonces la fuente puede ser identificada por los elementos constitutivos que definen una norma jurídica,<sup>17</sup> lo que haría posible proponer una definición material. Así que una fuente de derecho puede ser considerada como todo aquella regla de carácter general, emitida por las autoridades competentes conforme a los procedimientos previstos, que establezca que algo, ya sea un acto o una acción, está prohibido, es permitido o bien, es obligatorio, y que tenga como contenido la creación de otras normas, ya sean generales o individualizadas. Este tipo de definición incluye las normas de competencia, aun cuando su carácter es más complejo, que el referido por las modalidades deónticas mencionadas.

Una definición material permite establecer criterios que distinguen entre las normas que constituyen fuentes y las que no, de tal forma que pueden ser consideradas como fuentes del derecho todas aquellas normas productoras de normas, salvo las que determinen actos de simple ejecución. La importancia de un criterio semejante, radica en la posibilidad de

<sup>15</sup> Hart, *op. cit.*, nota 1, pp. 119 y 120.

<sup>16</sup> Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 14, p. 171.

<sup>17</sup> Para Von Wright las normas se componen de dos tipos de elementos, los que constituyen el núcleo normativo, que son el carácter, el contenido y la condición de aplicación, y otros tres componentes que no forman parte de esta estructura lógica que las prescripciones jurídicas tienen en común con otros tipos de normas que son la autoridad, el sujeto y la ocasión; Von Wright, *op. cit.*, nota 8, pp. 87 y ss.

identificar y sistematizar las fuentes en un sistema jurídico específico para determinar su prevalencia en la aplicación, y así poder simplificar la resolución de conflictos entre normas. Una ventaja que esto representa es que al seguir criterios establecidos por la norma, se reduce en gran medida la discrecionalidad del juez, logrando asimismo un mayor grado de objetividad en la toma de decisiones.

Finalmente cabe señalar que en principio el concepto de fuente tiene una función puramente académica cuando el ordenamiento jurídico no prevé consecuencias jurídicas específicas a los actos denominados fuentes, ni establece que tales actos tengan un valor o fuerza específicos. Por el contrario, cuando el propio ordenamiento jurídico identifica las fuentes y las jerarquiza, produce una relación entre estos actos que sirve para resolver los conflictos entre normas, ya que de dicho orden derivarían reglas de prelación y de aplicación.

## *2. Ampliación del sistema de fuentes*

Para Aarnio<sup>18</sup> los conceptos básicos que se encuentran vinculados al concepto de fuentes son los relacionados con los actos considerados como derecho, es decir, aquellos que producen normas. Una de las grandes aportaciones de Aarnio es que, según él, las fuentes de ley pueden también ser concebidas como razones para la argumentación, así se podrían clasificar en dos tipos: autoritativas (razones de derecho) y sustantivas (razones prácticas). Las primeras reciben esta denominación en virtud de la existencia de una autoridad normativa que las expide, una norma que faculta para ello otorgando la competencia y estableciendo el procedimiento de creación y sobre todo de su obligatoriedad, por ello se pueden denominar razones de autoridad. Entre ellas es posible mencionar, sin que por ello se establezca ningún orden de prelación o jerarquía: la ley, la costumbre y los tratados internacionales que por su modo de creación se pueden considerar “fuertemente obligatorias”. Existen otras fuentes dentro de las denominadas fuentes de autoridad que son consideradas débilmente obligatorias en virtud de su modificabilidad, como podría ser la voluntad del legislador (en su carácter de propósito) o la práctica jurisprudencial, entendida como los precedentes y la jurisprudencia.

<sup>18</sup> Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 134 y ss.

Las fuentes sustantivas tienen un peso diferenciado en la argumentación y carecen en cambio, de autoridad en el sentido antes mencionado, por lo tanto, su uso no es obligatorio, sino permitido, siempre y cuando no esté prohibido por alguna disposición jurídica; son razones de apoyo. A este grupo pertenecen, por ejemplo, los argumentos prácticos que forman parte del razonamiento práctico, los datos sociológicos, los argumentos históricos o comparativos que sirven como factores que contribuyen a la interpretación, la doctrina, entendida como opinión de juristas, autores, etcétera, y los valores, incluso aquellos que en principio son propios de la moral. La elección que hace el juez sobre el uso de las fuentes determina su prioridad, en virtud de que la elección es valorativa en sí misma. Por lo que se puede concluir que los catálogos de fuentes están abiertos.

De manera que para Aarnio, las fuentes del derecho son las razones (los argumentos) usados en la argumentación jurídica. Se pueden distinguir también otros tipos de fuentes, por lo que resulta posible hablar de fuentes de información material, que son aquellas que proporcionan información sobre las normas como, por ejemplo, la exposición de motivos, los trabajos preparatorios o los precedentes, y de las fuentes de ley que son las normas mismas.

Admitir esta concepción de las fuentes como argumentos tal como hace Aarnio, lleva a aceptar un concepto de fuentes mucho más amplio que el convencional, en él se incluyen innumerables argumentos que pueden convertirse en normas en sentido estricto en la medida en que se vuelven razones públicas y que forman parte de una norma con carácter obligatorio, por ejemplo, al integrarse a la jurisprudencia.

En opinión de Aarnio, todo dato relevante para el contenido de la ley puede considerarse fuente, ya sean los trabajos preparatorios, el preámbulo y hasta la denominada “voluntad del legislador”. Esto se debe a que en un sistema de derecho escrito, la ley (s.s.) como fuente, representa un límite tanto al razonamiento legal, como a la actuación de las autoridades y a otras fuentes. En consecuencia, Aarnio sugiere utilizar la mayor cantidad de fuentes posibles, para él, el órgano decisor es responsable de la forma en que las fuentes son utilizadas; son los instrumentos mediante los cuales las decisiones son razonadas.

En el fondo, según Aarnio, el término fuentes se refiere a todas las normas jurídicas válidas, las fuentes obligatorias son las que se deben (*ought to*) utilizar en la argumentación en primer lugar, no aplicarlas aca-

rrearía una sanción; las débilmente obligatorias, son las fuentes supletorias (deberían aplicarse, *should*), pero implican que la decisión puede cambiar en un tribunal de apelación. Por último, las razones sustanciales al ser permitidas, pueden (*may*) utilizarse y cumplen una función de apoyo.

Esta perspectiva de concebir a las fuentes como razones o argumentos no es exclusiva del autor mencionado, de manera similar, Hart<sup>19</sup> considera que las fuentes del derecho deben ser concebidas como argumentos para la justificación de toma de decisiones, en virtud de su carácter de *rules as open textures*, es decir, pautas indeterminadas de conducta. Esta indeterminación resulta del hecho de que las normas se expresan mediante un lenguaje natural. La textura abierta del derecho significa para Hart que hay áreas de conducta que debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales, de tal manera que los juicios sobre lo que es “razonable” pueden ser utilizados en el derecho.<sup>20</sup> La orientación de los órganos decisores sobre el uso de las fuentes, debe hacerse a través de reglas determinadas por el propio sistema jurídico, y utilizando todas las fuentes válidas. Del mismo modo señala Hart,<sup>21</sup> que los textos reconocidos como “buenas razones” para la interpretación y solución de los casos, pueden ser denominadas fuentes jurídicas “permisivas” para distinguirlas de las “obligatorias” o formales.

La propuesta de Dworkin<sup>22</sup> en relación con el modelo de ordenamiento jurídico en el que, junto a las reglas, o normas en sentido estricto, se incluyen los principios con una peculiar fuerza normativa, es de tipo funcional, ya que una misma norma puede funcionar a veces como regla y a veces como principio. La diferencia reside en que una regla se aplica en forma de todo o nada, y funciona como una razón excluyente, mientras que los principios se ubican en la dimensión del peso o importancia, de la cual deriva su capacidad de ponderación; según Alexy<sup>23</sup> son mandatos de optimización.

<sup>19</sup> Hart, *op. cit.*, nota 1, pp. 159-169.

<sup>20</sup> El razonamiento jurídico está basado en un presupuesto de decisión racional, es decir, se presupone que el juez es un ser capaz de elaborar razonamientos razonables.

<sup>21</sup> Hart, *op. cit.*, nota 1, p. 312.

<sup>22</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, pp. 22 y ss.

<sup>23</sup> *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 88 y ss.

Vale la pena señalar que a pesar de la utilidad práctica de esta distinción, sobre todo en materia de resolución de conflictos, ésta no aporta nada en relación con la determinación del sistema de fuentes, ni modifica las reglas sobre la validez de la normas, aunque sí puede modificar las de aplicabilidad de una norma en un conflicto determinado.

### III. LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE FUENTES

#### 1. *En cuanto a los modos en que las normas se relacionan*

Las formas en que las normas se relacionan en un sistema jurídico dependen de los criterios de organización del mismo, sin embargo, actualmente la identificación y ordenación de las fuentes se ha visto dificultada por diversas razones, pero principalmente por la forma en que los sistemas de fuentes se han visto expandidos en las últimas décadas. La superabundante actividad legislativa, aunada a la necesidad de satisfacer demandas normativas que no existían cuando las primeras Constituciones fueron otorgadas, ha llevado a incluir en la categoría de fuentes, normas de carácter especial como podrían ser las leyes marco, las leyes medida, etcétera, y disposiciones de carácter técnico, como las normas oficiales mexicanas por ejemplo, lo cual ha tenido como consecuencia, por una parte, una subclasificación de la ley por competencia, y por la otra, la inclusión dentro del sistema de fuentes de muchas disposiciones sin un verdadero contenido normativo e incluso de dudosa legalidad, sobre todo en el ámbito de la administración pública.

Otro de los factores que contribuyen a la dificultad de organizar las fuentes del sistema jurídico radica en diferentes aspectos que tienen que ver con la forma de organización del Estado y el gobierno, lo que se traduce en dos formas distintas de distribución de competencias, una que se podría considerar como horizontal, como en el caso de los Estados federales, y una vertical, entre los órganos del gobierno, de cada una de sus entidades en las que se subdivide el ejercicio de la competencia. Por otra parte, el Poder Judicial ha contribuido a la ampliación del sistema de fuentes, no solamente a través de la interpretación, sino también mediante la expansión de la fuerza normativa de los principios.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Esto es consecuencia principalmente de la propuesta de Dworkin, ya que según él, cuando existe un texto directo que resuelve el caso, éste puede ser superpuesto por un

Es desde la perspectiva dinámica que las fuentes adquieren su verdadera dimensión, ya que el ordenamiento jurídico regula su propia producción normativa. Actualmente es indiscutible que establecer reglas para su creación y modificación es una nota característica del derecho.<sup>25</sup> Por lo que pensar en un sistema de fuentes organizado significa que existen normas con diferente fuerza derogatoria, y es por ello que tienen una relevancia distinta para la operatividad del sistema jurídico.

El problema de la determinación del rango y eficacia derogatoria<sup>26</sup> de las normas de un ordenamiento jurídico no puede tener una respuesta simple, pues constituye una pregunta mucho más compleja de lo que a primera vista parece. La doctrina jurídica tradicionalmente ha hablado de fuentes del derecho como aquellos actos que responden a un determinado criterio que sirve para identificar los actos de producción normativa como tales. De tal forma que si se buscan normas y procedimientos, el problema se traslada a la identificación de los criterios definitorios de las fuentes. Una forma de resolver esto, sería recurriendo a la Constitución para que la norma suprema del derecho positivo indicara el orden de las fuentes, pero en la realidad las Constituciones en general no se ocupan de proponer un esquema organizativo. Ésta ha sido considerada normalmente como una tarea de la ciencia jurídica o del órgano facultado para interpretarla. En consecuencia, la identificación de los procesos de creación normativa que pueden ser catalogados como fuentes del derecho no es fácil, por eso, dado que no es posible distinguir los actos creadores por sus efectos jurídicos, parece adecuado tratar de organizar las normas según su *eficacia derogatoria*, es decir, la forma en que se relacionan en caso de conflicto.

principio general que impide la aplicación de la norma por ser contrarios. Vale la pena aclarar, que en este caso el término principio no se refiere a una norma, sino a los principios generales del derecho que se encuentran implícitos en las normas, *op. cit.*, nota 22, pp. 22-27.

<sup>25</sup> Esto es conocido también, como autopoiesis. Según la teoría de la autopoiesis, los sistemas sociales son sistemas cerrados que se reproducen a través de dinámicas internas; el derecho es considerado como sistema autopoietico, en virtud de que regula su propia creación y modificación. véase *G. Teubner, Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989.

<sup>26</sup> El término *eficacia* goza en el derecho de una especial ambigüedad, ya que en términos generales se refiere a la capacidad para producir un efecto, en este caso se refiere más bien, a la fuerza específica de las normas en caso de conflicto. Sobre la diferencia entre eficacia y vigencia véase Huerta, Carla, *op. cit.*, nota 3, pp. 37-39.

Como se señalaba, algunos autores suponen que la pertenencia de un acto normativo a la categoría de fuente no implica sino una diferenciación de tipo doctrinal o científica, en cuanto que no acarrea efectos jurídicos diversos, si se le denomina o no de esa manera. Sin embargo, esta clasificación presenta un significado práctico relevante, dado que en sentido amplio, sirve para determinar la forma en que se relacionan entre sí las normas de efectos generales. Es por ello que dentro de un sistema jurídico dinámico, con una estructura constitucional determinada que cumpla con los requisitos básicos para ser calificada como una Constitución conforme a la teoría del derecho contemporánea,<sup>27</sup> existen uno o varios criterios que permiten identificar y ordenar de manera clara las fuentes, principalmente por su fuerza normativa.

A continuación se revisarán algunos criterios que sirven para la identificación de las fuentes, lo cual resulta de gran utilidad no solamente para los estudiosos del derecho, sino también y principalmente para aquellos que deben aplicar el derecho. Esto se debe a que la posibilidad de determinar su validez y su fuerza derogatoria<sup>28</sup> mediante el conocimiento de su rango y posición en el ordenamiento, es decir, la determinación de la jerarquía de una norma, puede asimismo determinar su obligatoriedad y fuerza vinculante. Es un aspecto relevante también en un momento determinado, incluso para determinar su aplicabilidad en caso de un conflicto entre normas, y sobre todo, de incompetencia por función o por materia.

## 2. Algunos criterios de ordenación del sistema

Normalmente se habla de un sistema de fuentes, porque en un sistema jurídico se prevé más de un procedimiento de creación normativa y éstos están organizados de una forma determinada. Por lo que la clasificación hecha por Bobbio,<sup>29</sup> que permite distinguir los ordenamientos jurídicos en *simples y complejos*, según las normas que los componen, ya sea que deriven de una sola fuente o de varias fuentes, resulta poco práctica, ya que es posible afirmar que los sistemas jurídicos modernos son todos complejos. Hablar de la complejidad del sistema jurídico, sin embargo,

<sup>27</sup> Así se puede hablar de unos contenidos estructurales mínimos como son derechos fundamentales, división de poderes, y control de la constitucionalidad, sobre ello se abunda en “Constitución y diseño institucional”, *op. cit.*, nota 2, pp. 27-31.

<sup>28</sup> De Otto, *op. cit.*, nota 7, pp. 88-91.

<sup>29</sup> Bobbio, *op. cit.*, nota 14, p. 165.

no excluye su unidad, ya que utilizar el término sistema implica además de una pluralidad de fuentes, que éstas se encuentran ordenadas conforme a ciertos criterios, los cuales determinan la forma en que relacionan y “derivan”<sup>30</sup> unas de otras. La relación que existe entre las normas de un sistema jurídico es normativa, no lógica, pues se determina conforme a las reglas del propio sistema.

Según Ignacio de Otto,<sup>31</sup> las fuentes pueden ser ordenadas conforme a dos principios: el de *jerarquía*, que produce una ordenación vertical de las fuentes en función de su rango en el ordenamiento, y el de *distribución de materias*, que sirve como criterio de ordenación horizontal, que permite identificar las normas que ocupan un mismo rango, pero se distinguen creando ámbitos de competencia exclusiva para determinados órganos productores de normas de conformidad con las materias que les sean atribuidas por la norma facultativa, ya sea de manera exclusiva o concurrente.

La jerarquía de las normas la establece en primera instancia la propia Constitución, pero también puede ser definida por la jurisprudencia o normas de un rango inferior, cuando la autoridad que las emite ha sido facultada para ello. Se puede decir que los criterios de valoración de las normas que sirven para organizar el sistema de fuentes, son la validez y eficacia derogatoria de cada una de ellas.

El problema del sistema de fuentes, radica en que la Constitución normalmente no hace una ordenación exhaustiva de las fuentes, limitándose a establecer los procesos de creación. Por lo tanto, dicha labor se remite a la jurisprudencia, lo cual conduce a otra dificultad que es la de la determinación del rango de la propia jurisprudencia, cuya posición dependerá de las facultades que al órgano que la emita le atribuya la Constitución. En el caso del derecho administrativo, esto ha llevado a que disposiciones subordinadas a la Constitución determinen el rango de las normas o traten de organizar legal o incluso reglamentariamente el sistema de fuentes. Desde la perspectiva doctrinal, la tarea de organización de las fuentes ha sido realizada de manera independiente por cada una de las áreas del de-

<sup>30</sup> Si bien, no se trata de una derivación lógica, se puede utilizar el término de manera analógica, en virtud de que las normas se suceden de conformidad con una lógica normativa y en un caso determinado mediante la subsunción siguiendo los principios reguladores del sistema jurídico, o en virtud de la jurisprudencia de conformidad con las reglas establecidas.

<sup>31</sup> Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 7, pp. 87 y ss.

recho, en otras palabras, no existe una estructura genérica de las fuentes elaborada por la teoría del derecho.

En cuanto a la validez es conveniente adoptar el criterio de Kelsen,<sup>32</sup> para quien la validez de las normas depende de su adecuación formal al proceso de creación determinado por la norma inmediatamente superior, es decir, del procedimiento y la competencia. Pero la validez también depende de la conformidad con los contenidos de la norma inmediata que sea jerárquicamente superior, y en última instancia de la adecuación material a los contenidos constitucionales. La ordenación jerárquica de las normas implica fundamentalmente dos tipos de relaciones entre las mismas que se pueden considerar dependientes: la validez, que deriva de la adecuación al proceso de creación normativo determinado en la norma superior (inmediata) tanto formal como materialmente, y la derogación que se sigue como consecuencia jurídica del incumplimiento, ya sea del proceso formal de creación o de su inadecuación material a la norma jerárquicamente superior.<sup>33</sup> Finalmente se puede decir que el rango de una norma es determinado por su capacidad para definir la validez de otras normas. En la medida en que sirve como parámetro de referencia de una o varias normas se supraordena a ellas.

Es posible hablar de jerarquía, porque las fuentes se relacionan entre sí, constituyendo una compleja red de interconexiones, su posición refleja su fuerza y eficacia derogatorias, o prelación de aplicabilidad, por decirlo de alguna manera. Esta organización se traduce en límites a los órganos creadores, demarcando el ámbito de validez de la creación del derecho. Por lo tanto, lo que no se encuentre comprendido dentro de la competencia atribuida por o conforme a la Constitución, no sería válido. La ordenación jerárquica implica el análisis de las formas que las normas pueden adoptar, se habla entonces de una jerarquía formal donde hay subordinación de unos poderes normativos respecto de otros.

Otro criterio ordenador del sistema jurídico es el de competencia, una de sus expresiones es lo que De Otto denominaba la distribución de materias que se traduce en la subordinación de unas fuentes a otras me-

<sup>32</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 10, pp. 202 y ss.

<sup>33</sup> En caso de la derogación, se debe tomar en cuenta el principio de autoridad formal de la ley, que establece que sólo un acto del mismo rango y fuente puede derogar otro. Aquí se utiliza el término derogación en sentido amplio, como consecuencia del enfrentamiento de una norma con otra superior, es decir, en relación con su eficacia derogatoria en caso de conflicto.

diante la asignación de un campo propio, esto es, de materias reservadas, lo cual conlleva a que los órganos creadores de normas son limitados en su objeto. Es un sistema de articulación de fuentes complementario y corrector, que se refiere a las materias susceptibles de ser reguladas. Esto significa que solamente determinados tipos de normas pueden regular algunas materias, un ejemplo de ello, es la distribución territorial de la competencia.<sup>34</sup> El sistema de ordenación por competencia confiere a las normas otro rango y prelación que puede llegar a superar al jerárquico en caso de colisión.

En relación con la organización de las fuentes conforme al criterio de competencia, se puede decir que existen dos técnicas básicas:

1) la distribución competencial entre órganos de un mismo rango, por ejemplo entre dos órganos constituidos, el Poder Legislativo crea la ley y el Poder Ejecutivo el reglamento correspondiente, así, de conformidad con el principio de legalidad, se produce la subordinación del reglamento a la ley por la naturaleza de norma que desarrolla, y

2) la reserva de ley, que se refiere a las materias que sólo determinado tipo de norma puede regular de manera exclusiva, sin embargo, esto no impide que dichas normas puedan regular otras materias. En este caso la relación entre las normas depende del contenido de las mismas.

Esto haría pensar en una estructura del sistema jurídico mucho más compleja de lo que se había pensado en un principio, organizado más bien como una red de varios niveles o dimensiones que como una pirámide. Esta idea, aunque desarrollada en otros términos, ya es mencionada por Raz,<sup>35</sup> cuando sugiere que los sistemas jurídicos deben ser considerados como “intrincadas urdimbres de disposiciones jurídicas interconectadas”. A su vez Ost<sup>36</sup> y Van de Kerchove se avocan a la revisión del paradigma de la estructura piramidal del sistema jurídico, llegando a la conclusión de que debe ser substituido por el de un derecho en red, vinculado a las ideas de regulación y “gobernación” (*gouvernance*).

<sup>34</sup> De tal forma que en principio las fuentes pueden ser ordenadas jerárquica y de manera territorialmente diferenciada, por lo que en el caso de un sistema federal por ejemplo, se crean, por decirlo de alguna manera, dos pirámides o sistemas de fuentes en razón de sus competencias, subordinadas ambas a una Constitución federal.

<sup>35</sup> Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1986, p. 220.

<sup>36</sup> Ost, François y van de Kerchove, Michel, *De la pyramide au réseau. Pour une Théorie dialectique du droit*, Bruselas, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, p. 608.

Finalmente, se puede decir que para poder ordenar las fuentes es preciso encontrar y analizar los criterios de diferenciación entre las normas, para posteriormente poder elegir aquellos que sean acordes a las cualidades propias del orden jurídico en cuestión. Si se define a las fuentes en términos de su capacidad para crear normas jurídicas, deben organizarse de conformidad con la prelación y la aplicabilidad de las normas en caso de conflicto, por lo que el criterio de referencia es su eficacia derogatoria. De modo que las fuentes pueden ser organizadas en principio de conformidad con los criterios de jerarquía y competencia, complementados por las reglas de aplicación y primacía relativas que resuelvan los conflictos entre estos criterios.

Por lo tanto, parece lógico concluir que el sistema de fuentes se articula como reglas de validez, lo cual tendría como consecuencia poder establecer reglas de resolución de conflictos y la posibilidad de declarar la invalidez de la norma invasora en el caso de la invasión de materia, y la nulidad, en el caso de la incompetencia.

### 3. *Clasificación*

La forma en que las fuentes pueden ser organizadas es desde una perspectiva de derecho positivo, considerando si éstas están o no previstas en el orden jurídico vigente. Desde la perspectiva puramente teórica en cambio, para ordenar las fuentes es preciso delimitar el concepto e identificar los criterios de clasificación. Así, es posible partir de un concepto de fuentes del derecho que abarque todos los procedimientos de creación normativa que estén contemplados en el sistema jurídico, aun cuando no sean específicamente designados con este nombre. Esto significa que las fuentes pueden estar reguladas en la Constitución, o que pueden ser encontradas en otras disposiciones de rango inferior, como por ejemplo en leyes o reglamentos. Por ello es que se debe cuestionar hasta qué grado, puede llegar el reconocimiento de fuentes cuyo origen se encuentre en normas de rango inferior al constitucional.

De lo anterior, se puede derivar una distinción que permite clasificar a las fuentes en:

1) fuentes primarias, como aquellas que son reguladas por la norma fundamental, y

2) fuentes secundarias, como aquellas reguladas por otras disposiciones secundarias, tales como la ley, los tratados internacionales o la jurisprudencia, por ejemplo.

Si bien es cuestionable la *legitimidad* de la atribución de competencias legislativas por normas de un rango inferior al de la ley, entendido este concepto como norma directamente subordinada a la Constitución, se podría considerar un tercer tipo de fuentes legitimado en el sistema jurídico en virtud del órgano que la emite. De tal forma que cabría hablar de:

3) fuentes terciarias: entendidas como normas generales que emanan de facultades delegadas por autoridad competente, y previstos en normas de rango inferior a la ley. Se trata de una situación que debe analizarse directamente en las disposiciones de un determinado orden jurídico, ya que en estos casos, incluso la legalidad de la norma es cuestionable.

Por otra parte, las fuentes del derecho pueden ser clasificadas de acuerdo a criterios formales o bien materiales, los primeros se refieren a los órganos productores de las normas, a los procedimientos o al tipo o rango de la norma que las prevé. Los criterios materiales, en cambio, se refieren a las características propias de la norma, generalidad, abstracción, etcétera.

En términos generales, las fuentes que la doctrina ha reconocido son: la ley, la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del derecho,<sup>37</sup> así como los tratados internacionales y los reglamentos. La lista mencionada no implica en sí misma ningún tipo de prelación o relación de orden jerárquico. El orden y posición en el ordenamiento jurídico depende del reconocimiento y estipulación expresa que la propia norma fundamental haga de la eficacia derogatoria de las fuentes.

En la teoría del derecho, el concepto de fuentes del derecho se ha utilizado para identificar las diversas formas de creación de normas de jurídicas, reconociendo de manera genérica, dos procedimientos de creación: la creación deliberada y la espontánea. Con dichas formas se ha

<sup>37</sup> Originalmente los principios generales del derecho sirvieron como instrumentos para el método procedimental de interpretación e integración del derecho hasta 1945. Posteriormente vienen a cumplir una nueva función no solamente interpretativa, sino también directiva como guías de interpretación utilizables aun en los casos en que no exista una laguna. Debido a su estructura se pueden asimilar a normas, ya que se formulan mediante operadores deónticos y al hecho de ser vinculantes, pero su fuerza vinculante no es igual a la de otras fuentes, como su estructura tampoco es igual a la de las demás normas.

identificado normalmente los dos grandes sistemas jurídicos de la actualidad, el sistema de derecho escrito y el de derecho consuetudinario.

En consecuencia, en su *Teoría general del derecho*, Bobbio, al tratar el tema de las fuentes, señala que existen dos medios para regular la conducta.

1) *La recepción* de normas ya formuladas, producto de ordenamientos diversos y precedentes; y

2) *La delegación* del poder de producir normas jurídicas en poderes u órganos inferiores.

Por estas razones, es que según Bobbio, en todos los ordenamientos al lado de las fuentes directas se encuentran las fuentes indirectas, que se pueden distinguir en dos clases: *fuentes reconocidas* y *fuentes delegadas*. Es sobre todo en relación con este segundo tipo de fuentes delegadas que se presentan los problemas de irregularidad ya sea legal o constitucional, que afecta la validez de las normas.

Para Bobbio, la complejidad de un ordenamiento jurídico proviene, por tanto, de la multiplicidad de las fuentes de las cuales afluyen las reglas de conducta, en última instancia del hecho de que estas reglas tienen diverso origen, y llegan a existir (esto es, adquieren validez) partiendo de puntos muy lejanos.<sup>38</sup> Esta última cuestión, según Bobbio, demuestra que el problema de la distinción entre fuentes reconocidas y fuentes delegadas es un problema cuya solución depende también de la concepción general que se asuma respecto de la estructura de un ordenamiento jurídico.

La relevancia de distinguir entre estos dos tipos de fuentes radica en la legitimidad de la autoridad normativa y la validez de la norma que expide, pudiendo llegar a ser el caso que se cuestione la legalidad o incluso la constitucionalidad de la fuente.

#### IV. EL SISTEMA JURÍDICO Y LAS FUENTES DEL DERECHO

##### 1. *Las fuentes del derecho como reglas de validez*

Como es sabido, la denominación de fuente en sí no cumple función alguna en el sistema jurídico, para la doctrina, en cambio, sirve para

<sup>38</sup> Bobbio, *op. cit.*, nota 14, pp. 166-168.

identificar y organizar cierto tipo de actos normativos. El objetivo de organizar las fuentes es conocer los efectos de las fuentes como normas y la forma en que éstas se relacionan. Por lo que se puede decir que las fuentes sirven para determinar las obligaciones, prohibiciones y potestades de las personas y autoridades, para establecer su prelación en caso de conflictos normativos, o como argumentos en la decisión judicial.

Una de las principales funciones que han sido atribuidas por la doctrina a las fuentes es la de constituir reglas de validez, así por ejemplo, para Kelsen<sup>39</sup> la forma en que las normas se relacionan en un sistema jurídico genera cadenas de validez normativa, en virtud de la relación de supra-subordinación que existe entre ellas.

Según la tesis de Hart,<sup>40</sup> las reglas primarias de obligación se complementan con las secundarias, que además de ser de un tipo diferente por que se refieren a las primarias, o mejor dicho, al sistema jurídico, corresponden además a otro nivel, el de creación normativa. Estos dos niveles no se encuentran jerarquizados y sus normas no se relacionan entre sí, puesto que cumplen funciones distintas. Las secundarias, la regla de reconocimiento, las de cambio y las de adjudicación, sirven básicamente como reglas de identificación de las reglas primarias, así, la regla de reconocimiento constituye en primera instancia un criterio de pertenencia, pero es también un parámetro de validez. Para él, las reglas que confieren jurisdicción, que corresponderían a la clase de reglas de adjudicación, son también reglas de reconocimiento que identifican a las reglas primarias a través de las decisiones de los tribunales, y estas decisiones se convierten en “fuente” de derecho.<sup>41</sup>

Los sistemas jurídicos desarrollados, prevén según Hart,<sup>42</sup> reglas de reconocimiento complejas, que permiten la identificación de sus fuentes por referencia a alguna característica general que corresponde a las reglas primarias, más que por referencia a una lista o texto. De esta manera según Hart, se introduce un signo de autoridad, que contribuye ya de cierta forma, a la idea de sistema jurídico y al mismo tiempo constituye “el germen de la idea de validez jurídica”.

Para Hart las ideas de validez del derecho y de fuentes del derecho pueden ser clarificadas en términos de la regla de reconocimiento. Esto

<sup>39</sup> Kelsen, Kelsen, *op. cit.*, nota 10, pp. 197-228.

<sup>40</sup> Hart, *op. cit.*, nota 1, pp. 116 y 117.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 118.

se debe a que Hart, como Kelsen, considera a las fuentes como criterios de validez. Para Hart, sin embargo, “[d]ecir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, es una regla del sistema”,<sup>43</sup> mientras que para Kelsen<sup>44</sup> el criterio supremo de validez de las normas es la Constitución y, en última instancia, la norma fundamental. Hart, en cambio, considera que la regla de reconocimiento que suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema es una regla última, pero se trata de una cuestión empírica, no de un presupuesto, de una hipótesis o de una ficción como para Kelsen.<sup>45</sup>

Hart equipara las fuentes del derecho con criterios de validez, y señala, que “un criterio de validez jurídica (o fuente de derecho) es supremo, si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencia a los otros criterios, mientras que las reglas identificadas por referencia a los últimos, no son reconocidas si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo”.<sup>46</sup> De esta manera Hart reconoce una jerarquía a los criterios de validez y determina reglas de prevalencia en la aplicación de las normas en caso de conflicto. Estas reglas de validez proveen además a la organización de las fuentes del derecho que se clasifican en un orden de subordinación y primacía relativas conforme a su fuerza normativa.

De las reglas secundarias de Hart que se refieren al propio sistema jurídico, las reglas de adjudicación y de cambio pueden ser consideradas como normas de competencia, ya que establecen los órganos y procedimientos que pueden crear o modificar la regulación. La relevancia de estas normas radica en que constituyen los elementos fundamentales de la dinámica jurídica, aunque como mecanismos de cambio podrían ser con-

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>44</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 6, pp. 73-79.

<sup>45</sup> Esto es así, porque en la primera edición de la *Teoría pura del derecho* Kelsen consideraba que la norma fundamental era un presupuesto metodológico necesario, para fundamentar la validez del sistema jurídico. Posteriormente la consideró una hipótesis y finalmente una ficción, no obstante, siempre careció de un acto de autoridad que la fundamentara. *Reine Rechtslehre*, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1934 (1985), p. 66, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., pp. 197 y ss. y *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manz Verlag, 1979, p. 206.

<sup>46</sup> Hart, *op. cit.*, nota 1, pp. 123, 132.

siderados de nivel secundario. El primario lo constituye la regla de cambio constitucional, dado que modifica la base del sistema jurídico.

Así, se puede observar que en la teoría de Hart, que distingue dos tipos básicos de reglas, las primarias y las secundarias, se pueden diferenciar varias clases de reglas secundarias. La pregunta que surge a partir de ello es si las reglas de reconocimiento y de cambio pertenecen a una misma categoría por ser reglas de modificación del sistema jurídico que sirven para crear normas, y que solamente se distinguen por su rango y función. De ser así, la regla de reconocimiento podría también ser considerada como una norma de competencia y le correspondería el rango supremo entre las fuentes, pues permite la creación y modificación del “sistema primario de fuentes”, es decir, aquél previsto en la Constitución.

Las denominadas reglas de cambio, en el caso de estar previstas en la Constitución, corresponderían a un rango subordinado al anterior en el que se encuentran las “fuentes primarias”, y en un segundo nivel corresponderían las “fuentes secundarias” y también las “terciarias” dependiendo de si se encuentran previstas en la ley o en una norma de rango subordinado a ésta.

En realidad la regla de reconocimiento solamente puede ser distinguida de la regla de cambio en relación con su función, más que por su naturaleza, ya que la misma norma puede servir de reconocimiento para determinar la pertenencia de una norma al sistema o como regla de cambio para modificar el sistema jurídico. Ambas son normas jurídicas, cuyo contenido son procedimientos de creación normativa que se distinguen funcionalmente y de acuerdo a la ocasión en que son aplicadas, por lo que se pueden ubicar ambas en la clase de fuentes del derecho.

De tal forma que la regla de reconocimiento no sirve exclusivamente para determinar la pertenencia de las normas del sistema, aun cuando sea considerada por Hart como una “regla última que establece criterios dotados de autoridad para la identificación de las normas válidas del sistema”<sup>47</sup>, sino que constituye en primera instancia una regla de validez, de gran relevancia por cierto, pues determina la validez del sistema jurídico mismo, pero también determina la validez de las normas que lo integran. La regla de reconocimiento es una fuente en sentido estricto, puesto que de ella procede un sistema jurídico, reconoce una autoridad y su compe-

<sup>47</sup> Hart, *op. cit.*, nota 1, p. 310.

tencia, y en ocasiones también el procedimiento de creación de la norma suprema o las normas fundamentales de un sistema jurídico.

La regla de reconocimiento normalmente se puede considerar como compleja, es decir, integrada por diversas autoridades y procedimientos, o bien, se admite que existen diversas reglas de reconocimiento. Así Hart señala que, “[e]n un sistema jurídico moderno donde hay una variedad de “fuentes” de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una Constitución escrita, la sanción por una legislatura, y los precedentes judiciales”.<sup>48</sup> Parece que Hart estaría así identificando a la Constitución con la regla de reconocimiento o parte de ella, dependiendo del sistema jurídico en cuestión, y por ende, con el criterio último de validez de las normas de un sistema jurídico.

Respecto de estas afirmaciones, surge un problema en relación con la determinación del carácter de la norma que permite el cambio de la norma fundamental, pues al tratarse de una regla de cambio, constituye de manera indudable una fuente del derecho, pero dado su carácter de prescripción que permite la modificación de los contenidos de la norma suprema del orden jurídico, o de ella en su totalidad, debe reconocérsele también el carácter de regla de reconocimiento. Esto llevaría a la conclusión de que no es fácil o posible separar estas dos categorías de manera tajante, tal como hace Hart en su clasificación.

Las reglas de adjudicación no son analizadas, dado que a pesar de constituir normas de competencia, solamente facultan para la elaboración de normas individualizadas, por lo que no son consideradas como parte del sistema de fuentes.

## 2. *La Constitución como regla suprema de validez*

La dinámica del derecho es la línea rectora de la investigación del proceso de determinación de la validez de las normas jurídicas en virtud de su carácter de principio determinante del funcionamiento del sistema jurídico. Esto justifica el análisis de las normas constitucionales, en su calidad de norma fundante del sistema, y norma suprema que estructura las relaciones de todas las normas del sistema. Por lo tanto, para com-

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 126.

prender la función y operatividad de las fuentes es necesario entender el significado de la supremacía de la primera norma positiva o Constitución, para la determinación de las cadenas de validez normativa.

Como ya ha sido mencionado, para poder hablar de la concepción de la Constitución como norma suprema es relevante tomar como punto de partida el concepto de Constitución en Kelsen,<sup>49</sup> para contar con un esquema de sistema jurídico escalonado en el que la norma superior determine los contenidos y procedimientos de creación de las normas inferiores para crear reglas de validez. Con ello se determinaría un primer criterio de organización de las normas, el de jerarquía.

Este esquema de validez supone que la Constitución es la primera norma positiva del sistema, ya que establece los procesos y órganos de creación de las normas inferiores, así como los contenidos obligatorios, prohibidos o permitidos de las normas inferiores, de tal forma que la Constitución se convierte en el parámetro de validez formal y material del sistema jurídico. Esta posición le confiere una supremacía en sentido material, en virtud de que el sistema jurídico se construye en función de ella, y a que hace la distribución de las competencias, por lo que necesariamente es superior a los órganos creados y a las autoridades investidas por ella.

La Constitución es el fundamento y límite de validez del ejercicio de la potestad normativa. En el sentido jurídico del término, la Constitución se identifica en el sistema jurídico principalmente por su relación con la normatividad, producto del ejercicio de las facultades normativas conferidas a los órganos constituidos, como potestad de creación normativa. De tal forma que al establecer la atribución de competencias normativas concreta el sistema de fuentes en un primer nivel, el de las “potestades normativas primarias”, por denominarlas de alguna manera.

La supremacía formal, en cambio, se refiere a su forma de elaboración, no solamente en virtud de su especial proceso de otorgamiento, sino principalmente en virtud de la regulación de los procesos de revisión de la norma constitucional. Esto daría lugar a poder distinguir entre dos tipos de normas de cambio en el sentido de Hart, que tendrían rangos diferentes: la constitucional y la ordinaria. La regla de cambio constitucional, permite modificar la base del sistema jurídico y el sistema de fuentes

<sup>49</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., México, UNAM, 1988, pp. 146 y ss.

primario que determina la validez de las fuentes derivadas o por delegación de competencia. Por lo que se puede decir que existe una diferencia importante entre la norma fundamental y las demás normas del sistema, ya que la forma de la norma, es decir, su proceso de creación o modificación, determina su rango además de su validez. La supremacía formal es complemento de la material, que la refuerza al impedir su modificación por fuentes de un nivel inferior.<sup>50</sup>

La cuestión relativa a la supremacía formal se encuentra vinculada a la de la validez de la primera norma positiva y norma suprema de un sistema jurídico. En relación con este problema surgen las dudas respecto de la naturaleza y validez de la regla de reconocimiento primaria del sistema. No obstante su relevancia, es un tema que no será abordado en el presente ensayo, en virtud de que para la determinación del sistema de fuentes, la validez de la Constitución es aceptada como presupuesto de funcionamiento del sistema jurídico.

En relación con la validez interna de las normas constitucionales, en el caso de una Constitución escrita, se considera que todos los contenidos previstos en ella son supremos, por lo que en principio, todas las normas constitucionales tienen el mismo rango, a menos que la propia Constitución haga una diferenciación expresa respecto de sus contenidos, estableciendo una cierta prelación y consecuencias jurídicas diferenciadas para algunos de ellos.

La supremacía de una norma indica su posición en el sistema jurídico, es decir, su eficacia<sup>51</sup> y su fuerza derogatorias, pero además se refiere a su capacidad de constituirse como parámetro de validez respecto de otras normas del sistema jurídico. Es por ello que la validez de las demás normas del sistema jurídico dependen de ella y que la contravención de sus disposiciones puede acarrear distintos grados y formas de invalidez, desde la determinación de no aplicabilidad de la norma, hasta su nulidad.

<sup>50</sup> Sobre los conceptos de supremacía formal y material, véase Aragón Reyes, Manuel, "Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 50, marzo-abril de 1986.

<sup>51</sup> El término eficacia tiene en el derecho distintos significados, para efectos del presente análisis su significado práctico o sociológico, como la efectiva obediencia y aplicación de una norma, no es primordial. Su aspecto jurídico en cambio, en el sentido de que una norma es válida, es decir, que se ha cumplido con su procedimiento de creación, refleja su significado deontológico y permite realizar una evaluación sobre la juridicidad de la norma. Se refiere principalmente a su capacidad de resistencia en caso de enfrentamiento con otra norma en caso de su aplicación.

Desde la perspectiva de la validez y aplicabilidad de las normas, el término eficacia se refiere más bien al resultado de la colisión de dos normas de rango diverso, es decir, a la fuerza derogatoria o de resistencia que las normas tienen, ésta se conoce como fuerza activa y pasiva, respectivamente. Siguiendo las definiciones de Ignacio de Otto, la “fuerza activa” son los efectos derogatorios de la norma superior, la “fuerza pasiva” es, en cambio, la capacidad de resistencia de la norma superior frente a la inferior.<sup>52</sup>

Por lo que es posible concluir que la Constitución es por su origen y su posición jerárquica la fuente primaria del sistema jurídico, de tal forma que también puede ser descrita como fuente de fuentes. En virtud de su rango, las normas constitucionales tienen eficacia directa por lo que a su operatividad se refiere, esto implica que no requieren de desarrollo legislativo para producir efectos jurídicos. Como fuente esto le confiere un alto grado de independencia en la aplicación. Esto significa, no solamente que los órganos que hacen el derecho y lo aplican deben tomar la Constitución como premisa de su decisión, tanto al aplicar como al interpretar las normas constitucionales, sino que en caso de conflicto, la aplicación de la norma suprema debe ser considerada preferentemente frente a otras fuentes, salvo en los casos en los que la norma suprema establezca excepciones.

<sup>52</sup> De Otto, *op. cit.*, nota 7, pp. 88-91.