

I. Conceptos previos	38
1. ¿Orden o sistema jurídico?	38
2. El sistema y su entorno	40
3. Subsistemas	40
4. Elementos y relaciones	41
5. La frontera de un sistema legal	43
6. Otros términos	47
II. La frontera del sistema legal estatal	48
1. El efecto de los límites hacia el interior del sistema legal nacional	51
2. El efecto de los límites hacia el exterior del sistema legal nacional	53
III. Los poderes de los órganos del sistema jurídico para realizar contratos	63
IV. La pertenencia de una disposición legal a un sistema jurídico particular	72
1. Criterio genético: fuentes del derecho	74
2. Criterio deductivo	77
3. Un tercer criterio, incorporación	78
V. La institucionalidad del derecho (el movimiento constitucional)	88

CAPÍTULO PRIMERO

RELACIÓN ENTRE EL DERECHO NACIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL

El presente trabajo tiene como objetivo estudiar el contrato de Estado internacional (CEI). Para ello es fundamental plantear una propuesta respecto a la pertenencia del CEI a un sistema jurídico que le dé vida.¹¹⁵ Una vez determinado lo anterior, se requiere explicar la forma en que el CEI se vincula con otros sistemas legales, si es que lo hace.

En el presente capítulo se trazan algunas líneas para explicar la relación que existe entre diferentes sistemas legales. Para efectos de simplificar el análisis, se estudia la vinculación entre dos de ellos: el sistema legal internacional y los sistemas legales nacionales. Una discusión profunda y extensa sobre los sistemas legales y las relaciones entre los mismos ha sido abordada en otro trabajo.¹¹⁶ Cabe señalar que dicho esfuerzo comenzó como una línea de la presente investigación. Debido a lo extenso del tema y a que cobró vida propia pasó a constituir una investigación en sí misma. En este capítulo se retoman las conclusiones de dicho trabajo y se introducen otros puntos de discusión que resultan necesarios para analizar el CEI.

Comencemos con la siguiente cita:

El derecho privado actual, ligado a la construcción de los Estados nacionales, se contempla como un orden jurídico aplicable exclusivamente a los nacionales de un Estado o a actos que realizan dentro del territorio de un Estado. En un mundo con fronteras bien limitadas y cerradas este era un sis-

¹¹⁵ Rudolf Dolzer ha señalado respecto al CEI y a las expropiaciones que “Las aseveraciones sobre la ley aplicable son raramente acompañadas por explicaciones de la doctrina de las fuentes de las cuales se supone que las normas derivan”, *cfr.* Dolzer, Rudolf, “New Foundations of the Law of Expropriation of Allien Property”, *American Journal of International Law*, vol. 75, núm. 3, julio de 1981, p. 556.

¹¹⁶ García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97.

tema viable. Pero a medida que se intensifican los intercambios comerciales entre los distintos países, y que se hace necesaria, desde el punto de vista económico, la apertura de las fronteras a fin de sostener la producción masiva, el derecho privado entendido como un orden nacional, ligado a un territorio y a un Estado, resulta insuficiente. Esto se manifiesta principalmente en el ámbito de los contratos, que son los actos jurídicos concretos en los que se verifica el intercambio comercial.¹¹⁷

La cita anterior aborda el problema neurálgico del CEI. Los sistemas legales nacionales, cerrados en sus fronteras soberanas, han sido incapaces de dar solución satisfactoria a las exigencias del *commercium* mundial que no conoce de soberanías. ¿Dónde están los fallos de nuestras teorías legales para solucionar los problemas de la globalidad económica? La respuesta no es sencilla y requiere que nos sumerjamos en las entrañas de los sistemas legales para encontrar sus puntos débiles y estar en posibilidad de proponer cambios necesarios en la doctrina que nos ayuden a abordar el tema con éxito.

Las preguntas fundamentales de las que partimos son: ¿qué es un sistema legal?, ¿cómo se compone?, ¿cómo se distingue de su entorno y cuáles son sus órganos? En segundo lugar, ¿qué tipo de relaciones existen entre los diferentes sistemas legales?

I. CONCEPTOS PREVIOS

1. ¿Orden o sistema jurídico?

En la discusión legal se han utilizado indistintamente diversas expresiones: “orden jurídico”, “sistema legal”, “sistema jurídico”, “orden legal”.¹¹⁸ Sin embargo, los términos tienen connotaciones diferentes, por ejemplo, *legal system*¹¹⁹ es una expresión muy utilizada en la tradi-

¹¹⁷ Adame Goddard, Jorge, “Hacia un concepto internacional de contrato (o la interpretación de la palabra «contrato» en los principios de UNIDROIT”, *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, México, UP-UNAM, 1998, p. 15.

¹¹⁸ Cfr. Rolando Tamayo y Salmorán, en la nota 11 de su traducción al *Post scriptum al concepto de derecho de Hart*, Raz, Joseph (ed.), México, UNAM, 2000, p. 12.

¹¹⁹ La voz hace su aparición en el siglo XVIII cuando Bentham utiliza la expresión “system of law”, cfr. *Of Law in General (1782)*, capítulo 18, párrafo 1.

ción¹²⁰ anglosajona y refiere al conjunto de disposiciones jurídicas que de alguna forma guardan relación entre sí; la expresión insiste sobre la coherencia lógica de las relaciones que debe tener un sistema.

La voz “orden jurídico” es muy utilizada en la tradición romano-germana, y no es una coincidencia por conllevar cierto sabor sociológico.¹²¹ En dogmática jurídica, la palabra “orden” ha sido utilizada, también, para indicar el grupo de disposiciones jurídicas que no mantiene contradicciones normativas entre sí; es decir, para señalar a los sistemas jurídicos consistentes (ordenados), aquellos donde no existe simultáneamente una disposición que disponga llevar a cabo cierta conducta y otra que la prohíba.

Así, Kelsen distinguió —en sus primeros escritos— entre órdenes y sistemas jurídicos, señalando que los primeros tenían como característica ser consistentes,¹²² y que dos normas contradictorias no podían ser consideradas a un mismo tiempo como válidas.¹²³ Posteriormente, Kelsen cambió de opinión y admitió la posibilidad de que existieran conflictos entre normas legales, subrayando que la solución de dicho conflicto no era de lógica, sino de derecho positivo.¹²⁴

En la teoría jurídica no existe uniformidad en el uso de los términos “orden” o “sistema”; el problema es de gustos y no sucede nada si se usa uno u otro, siempre y cuando quede claro en qué sentido se están utilizando. Debido a que deseamos evitar la carga sociológica implicada en la palabra “orden”, preferimos utilizar la voz “sistema”. Por otro lado, utilizaremos indistintamente a lo largo de esta investigación “sistema legal” o “sistema jurídico”.

¹²⁰ El término “tradición jurídica” se empleará en el sentido de Merryman, esto es, como el “conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la organización y operación de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural”. Cfr. Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 17.

¹²¹ Santi Romano, *L'ordenamento giuridico (1918)*, 2a. ed., Florencia, Sansoni, 1951, 1a. reimp., pp. 13, 19 y 25-27.

¹²² Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho (1934)*, trad. de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991, pp. 16 y 85.

¹²³ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado (1944)*, trad. de Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1988, p. 446.

¹²⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas (1979)*, México, Trillas, 1994, pp. 131 y 133.

2. *El sistema y su entorno*

La teoría general de sistemas estableció la distinción entre el sistema y su entorno. De ésta surge la dicotomía sistemas abiertos o cerrados; siendo el último caso la situación donde el entorno no tiene significado alguno para el sistema.¹²⁵ Este caso límite es teórico y no existe en la realidad.

Originalmente, la teoría de sistemas tenía soluciones de esquina entre sistemas abiertos y cerrados; hoy día se concibe a todo sistema dentro de una relación de gradación entre ambos polos. Así, Raz sostiene que todos los sistemas jurídicos pueden ser considerados abiertos en alguna manera, ya que dan fuerza vinculante a normas que no pertenecen al mismo. A mayor número de normas “extrañas” que sean “adoptadas” por el sistema legal, más abierto será éste.

El término que califica la gradación de apertura (o cerradura) de un sistema es el de autorreferencia. Un sistema es autorreferencial si entabla relaciones consigo mismo y diferencia dichas relaciones frente a su entorno. “Consigo mismo” significa en teoría de sistemas “con independencia del ángulo de observación de los otros”.¹²⁶

Para evitar la implosión y el ensimismamiento todo sistema debe orientarse a su entorno. Así, el sistema jurídico se orienta a la sociedad que busca regular y a otros sistemas normativos, como la moral o la religión. Un sistema aislado de su entorno no tiene sentido y eventualmente dejará de existir. Los sistemas sobreviven y perviven mediante la creación y conservación momento a momento de la diferencia con su entorno utilizando la idea de fronteras o límites para asegurar dicha distinción.¹²⁷

3. *Subsistemas*

El sistema se diferencia de su entorno, pero también lo hace hacia dentro de sí mismo. El proceso de diferenciación de un sistema hacia su interior da lugar a la formación de sistemas parciales (subsistemas) dentro del sistema (global).

¹²⁵ Luhman, Niklas, *op. cit.*, nota 73, p. 31.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 33.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 40.

Debido a la autorreferencia, cada sistema tiene un entorno distinto; cada subsistema tendrá, por tanto, un entorno diferente a otros subsistemas del mismo sistema global al cual está vinculado. De esta forma, el sistema global pasa a formar parte del entorno de los sistemas parciales. Ello sucede, por ejemplo, con las diversas leyes que emanan de una Constitución, la ley criminal se diferencia de la civil, y ambas son partes del mismo sistema legal.

En el derecho, la diferenciación entre sistemas parciales y el sistema global puede basarse en el principio de jerarquía,¹²⁸ pero esto es simplemente un caso particular, también puede ser por materia, por fuero, entre otros. Tradicionalmente, la ciencia jurídica ha distinguido al interior de los sistemas legales subsistemas con base en las reglas de preferencia establecidas por los principios *lex posterior*, *lex superior* y *lex specialis*.¹²⁹

4. Elementos y relaciones

Kelsen sostenía que “es imposible entender la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una regla aislada”.¹³⁰ Un sistema legal debe definirse por sus elementos y las relaciones entre éstos. Cuando un órgano legal emite una ley, realmente, sólo crea una parte de la disposición jurídica; las otras partes de la disposición legal relevante han sido creadas en otros tiempos y quizá por otros cuerpos legislativos. La observación de que muchas leyes contribuyen al contenido de una institución ha sido calificada como la contribución más importante del pensamiento de Bentham.¹³¹ Los elementos de un sistema no pueden ser definidos en abstracto, sin precisar al que pertenecen, lejos de los otros elementos y de las relaciones sistémicas. El elemento se define como tal al ser concebido en relación con el sistema.

¹²⁸ Koskenniemi, Martti, “Hierarchy in International Law: a Sketch”, *European Journal of International Law*, vol. 18, núm. 4, 1997, <http://www-ejil.org/journal/Vol18/No4/art2.html>; Weiler, J. H. H. y Paulus, Andreas, “The Structure of Change in International Law or Is there a Hierarchy of Norm in International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 18, núm. 4, 1997.

¹²⁹ Los principios también se conocen por *auctoritas posterior*, *auctoritas superior*, *auctoritas specialis*.

¹³⁰ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 123, p. 3.

¹³¹ Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1973, p. 71.

La conclusión anterior es fundamental para entender la teoría del contrato y para desarrollar esta investigación, pues de la sistematicidad de las disposiciones jurídicas se deriva la necesidad de que las disposiciones contractuales siempre estén inscritas en un sistema legal particular. Un contrato sólo puede existir como tal, dentro de un sistema legal que lo reconozca y le dé vida. Una compraventa sólo puede existir si se presuponen otras tantas instituciones jurídicas, como la institución de la propiedad. Es imposible, por tanto, sostenerse el carácter final, sustancial y ontológico de los elementos de un sistema legal.¹³²

Una de las consecuencias más importantes de que los elementos sólo existan dentro de un sistema es que los sistemas de orden superior pueden ser de una complejidad menor que los de uno inferior; pensemos, por ejemplo, en un sistema legal federal y los subsistemas estatales pertenecientes a dicho sistema federal, o bien una ley y un reglamento. La diferencia de complejidades se presenta porque el sistema mismo (el reglamento), y no el sistema más general al que pertenece (la ley), es el que determina la unidad y el número de elementos de los que está constituido, el sistema determina su autorreferencialidad. La complejidad necesaria, es decir, suficiente, de cada sistema está determinada a cada nivel de formación de subsistema en relación con el entorno que resulta relevante.¹³³ Esta conclusión es básica para posteriormente considerar la posibilidad de que sistemas legales poco complejos, como el internacional, den sustento a subsistemas legales mucho más complejos, por ejemplo, los CEI.

Respecto de las relaciones, se dice que un sistema legal está basado en el principio de independencia si no tiene estructura interna; es decir, si carece de relaciones.¹³⁴ Un sistema legal no tiene estructura interna si cada elemento que lo integra es una unidad independiente de los otros, de forma que su existencia, significado o aplicación no está lógicamente afectada por otras disposiciones legales.

La mayoría de los autores, sin embargo, considera que un conjunto de disposiciones jurídicas desconectadas entre sí no debe ser llamado sistema legal. Para que un sistema nazca, cierta complejidad interna y ciertas

¹³² Luhman, Niklas, *op. cit.*, nota 73, p. 45.

¹³³ *Ibidem*, p. 46.

¹³⁴ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, pp. 25 y 26.

relaciones al interior del mismo resultan necesarias;¹³⁵ es decir, todo sistema legal debe tener estructura interna.¹³⁶

Debe distinguirse entre relaciones entre elementos, y relaciones entre relaciones. Los sistemas para no ser simples conjuntos de cosas necesitan relacionar sus elementos; pero también necesitan *relacionar* las relaciones, condicionarlas. A mayores condicionamientos, mayor “complejidad” del sistema.

Cabe señalar que los sistemas sufren un proceso relacional que se puede denominar “selección”, no se trata, simplemente, de sumar elementos y relaciones, sino de seleccionar entre una infinidad de posibilidades. Mediante la selección los sistemas se transforman constantemente en relación con su entorno.

5. La frontera de un sistema legal

El análisis de los criterios que determinan qué disposiciones legales son elementos de un sistema y cuáles no lo son es el problema de la identidad de los sistemas legales.¹³⁷ Determinar si cierta disposición jurídica x , un CEI, por ejemplo, forma parte o no de determinado sistema jurídico momentáneo S (si $x \in S$) implica identificar la extensión o alcance de dicho sistema jurídico S .¹³⁸ Se trata de determinar las exigencias de S , para que $x \in S$. En otras palabras, señalar qué propiedades P debe tener x para que $x \in S$.¹³⁹

Identificar el alcance de un sistema legal es establecer sus límites, pero ¿qué es un límite? Se dice que un punto z que pertenece al universo E^m ($z \in E^m$) es *adherente*, al conjunto S , donde S está incluido en E^m ($S \subset E^m$), si existe una sucesión de elementos de S que convergen a z . Esto es, el punto z es adherente al conjunto S , si existen elementos de S arbitrariamente cerca de z . El conjunto de los elementos de E^m , adherentes a S se denomina *adherencia*, *clausura*, *límites* o *frontera* de S . El subconjunto S es cerrado si contiene su frontera, es decir, todos sus puntos

¹³⁵ *Ibidem*, p. 141.

¹³⁶ Luhmman, Niklas, *op. cit.*, nota 73, p. 44.

¹³⁷ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 1.

¹³⁸ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 76, pp. 81 y 187.

¹³⁹ $S = \{x \text{ tiene la propiedad } P\}$.

adherentes. Dicho de otra manera, un conjunto es cerrado si y sólo si todos los puntos a distancia cero del conjunto pertenecen al conjunto.¹⁴⁰

Señalar la clausura de un conjunto, fijar sus límites, es diferenciarlo de su entorno, distinguirlo, separarlo. La frontera sugiere un hasta aquí, no puede ser entendida sin un detrás y presupone, por lo tanto, un más allá; implícitamente la posibilidad de ser traspasada. Para definir la frontera de un sistema legal S necesariamente debemos suponer que dicho sistema legal está contenido en un conjunto más grande, al que pertenece por poseer ciertas características, pero que se distingue del resto de los subsistemas de dicho sistema global (moral, religión, otros sistemas normativos y la sociedad misma). S es, pues, un subconjunto de E^m , $S \subset E^m$, de forma que deben existir elementos de E^m que no sean elementos de S , así como otros conjuntos pertenecientes a E^m , pero distintos a S . La clausura, los límites desempeñan una doble función: al exterior separan entre el sistema, S , y su entorno, todos los elementos de E^m , que no son elementos de S ; al interior unifican al sistema mismo, identifican a S .

El que una disposición legal x pertenezca a un sistema legal S , $x \in S$, de ninguna manera implica que no pueda darse que la misma disposición pueda ser parte de otro sistema normativo, $x \in X$. Esto es claro si se considera que una disposición jurídica de un sistema legal determinado puede ser idéntica a una disposición de un sistema moral o religioso en particular. En este caso X y S se intersectarían. El que $X \cap S \neq 0$ significa simplemente que $x \in X$ y al mismo tiempo $x \in S$. Cuando los límites están bien definidos, cuando el conjunto contiene su frontera, cuando el sistema es cerrado, los elementos pueden atribuirse al sistema, $x \in S$, o bien puede decirse que son ajenos al mismo, $x \notin S$. Desde el punto de vista del sistema legal S , el que $x \in X$ puede ser irrelevante. De hecho, que las fronteras de X y de S estén o no bien definidas puede ser intrascendente para definir la intersección, siempre y cuando los elementos de dicha intersección no sean parte de la clausura, es decir, no sean elementos de duda, en el caso del CEI no está claro si dicha institución forma parte o no del sistema legal nacional o internacional, o bien de otro sistema; de forma que parece ser un elemento de la clausura.

En este punto podemos percibir algo importante. Además de definir las consideraciones que hacen a un elemento ser parte o no de un siste-

¹⁴⁰ García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, p. 25.

ma, es necesario definir las relaciones entre sistemas. Debe analizarse simultáneamente el elemento y su relación con el sistema (membresía, frontera, elemento ajeno) y las relaciones con otros sistemas, tales como uniones, intersecciones, vacíos.

Aun con límites perfectamente definidos y sistemas cerrados pueden darse relaciones entre el sistema y su entorno. Es, por tanto, importante distinguir también entre elemento y relación. El sistema tiene tanto interdependencias internas como externas, las primeras son las relaciones entre los elementos del sistema y de los elementos con el sistema; las segundas, vinculaciones de los elementos y del sistema con su entorno.

Los límites son importantes porque ubican los elementos en su sistema y, al mismo tiempo, son la base para las relaciones sistema-entorno. Aparte de abrir y cerrar sistemas, los límites ayudan a identificar las interdependencias internas y externas. La frontera constituye al mismo tiempo la separación y el medio de comunicación entre el sistema y su entorno.

Cabe señalar que los límites de los sistemas legales no son estáticos, sino dinámicos. Se adaptan, mediante el cambio de fronteras y relaciones externas a su entorno, y por modificaciones en sus relaciones internas se acomodan a su propia complejidad; así, los sistemas legales para no implotar deben ajustarse a las necesidades sociales. Los sistemas, para sobrevivir, deben ser capaces de afrontar sus insuficiencias, tanto internas como en lo que respecta a su entorno.¹⁴¹

Los límites se definen tomando en cuenta al entorno. Recordemos que la idea de clausura de S se determina simultáneamente desde el entorno E^m y desde S . Los límites de un sistema legal S se determinan endógena y exógenamente. Esta conclusión es importante: la identidad de un sistema jurídico, las fronteras de un sistema legal, no solamente se determinan por consideraciones legales o jurisprudenciales, sino por un sinnúmero de consideraciones pertenecientes a otras ciencias sociales.¹⁴²

Tradicionalmente, la teoría jurídica ha buscado definir los límites legales únicamente con herramientas de la teoría jurídica, sin hacer caso alguno a criterios metajurídicos; es decir, políticos, económicos, morales o de otro tipo. El análisis de la relación entre diversos sistemas jurídicos es un análisis excluyente: el sistema legal *vs.* el resto del uni-

¹⁴¹ Luhman, Niklas, *op. cit.*, nota 73, pp. 51 y ss.

¹⁴² Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 189.

verso. Desde esta perspectiva, el resto del universo, todo aquello que no pertenece a S , es un elemento metajurídico. El *quid* del asunto está en definir ese punto que separa lo legal del resto y ahí entran consideraciones no jurídicas.

El soliloquio de los sistemas legales es tan fuerte que normalmente para un sistema jurídico determinado las disposiciones jurídicas pertenecientes a otros sistemas son consideradas hechos, no derecho.¹⁴³ Las disposiciones jurídicas que no son parte del sistema legal se encuentran, por tanto, fuera del mundo jurídico (*su mundo*).

El análisis de la relación entre diversos sistemas legales, como lo son el sistema legal nacional y el internacional, se centra en la relevancia que cada uno de ellos tiene para el otro. Si para un sistema legal el otro es irrelevante se puede decir que no existe relación alguna entre ellos desde el punto de vista del primero, sin importar lo que piense el segundo. ¿Cuándo un sistema legal es relevante para otro? La respuesta no puede ser una cuestión de hecho, fuerza física o dependencia económica, sino, necesariamente, de derecho, se trata de “relevancia jurídica”.¹⁴⁴

¿En qué momento una disposición legal x puede considerarse como parte de un sistema legal S ?, ¿en qué momento es cierto que $x \in S$? Todo depende de la definición de adherencia, de la determinación de la frontera de dicho sistema legal S .

Raz observa que comúnmente los sistemas jurídicos nacionales “hacen valer” disposiciones legales de otros, y sin embargo la validez otorgada, dichas disposiciones son consideradas por el sistema jurídico que las adopta, ajenas.¹⁴⁵

Kelsen sostuvo, al contrario, que la “recepción” y “adopción” de disposiciones ajenas a un sistema jurídico son procedimientos abreviados de creación jurídica, por medio de los cuales se les otorga validez a disposiciones de otros sistemas legales y, por lo tanto, pueden ser consideradas como parte del sistema receptor.¹⁴⁶

143 “From the Standpoint of International Law and the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States”, *Case Concerning Certain German Interest in Polish Upper Silesia (Factory of Chorzow case)*, Merits, PCIJ, serie A, núm. 7, 1926.

144 Santi Romano, *op. cit.*, nota 121, pp. 144 y 145.

145 Raz, Joseph, “The Institutional Nature of Law”, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 119 y 120.

146 Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 123, p. 138.

¿Por qué a pesar de que un sistema legal valida normas de otros, éstas no pueden ser consideradas como suyas? Para Raz, la razón de que un sistema jurídico reconozca, sin hacer suyas, normas que pertenecen a otro sistema normativo (que puede inclusive no ser jurídico) radica en que el primer sistema “pretende respetar” la manera en la cual en la “otra” comunidad fueron creadas las normas que serán aplicadas.¹⁴⁷ Raz en este punto hace una distinción y sostiene que debe distinguirse entre “aplicabilidad” de una disposición jurídica por un órgano de un sistema legal, y su “membresía” o “pertenencia” a dicho sistema jurídico.

Raz parte de la posición tradicional de los sistemas jurídicos, de que las normas ajenas a un sistema legal, aunque reconocidas por los mismos, no son consideradas por ellos como suyas. Para el citado autor es sumamente importante distinguir entre una norma “reconocida” como propia por el sistema jurídico, y la norma “adoptada” por el sistema legal, ya que el derecho tiene la función de apoyar otros acuerdos y grupos sociales. Pareciera, en este binomio, distinguirse entre normas cuyo fin es dirigir la conducta humana por el sistema mismo, y aquellas que dirigen la conducta humana por otros sistemas que, sin embargo, un único sistema legal las hace aplicativas a ambas.

6. Otros términos

La disposición jurídica x es eficaz si en los hechos es generalmente obedida por quien debe obedecerla y aplicada por quien tiene que aplicarla.

Decimos que una disposición jurídica es válida si y sólo si es obligatoria.¹⁴⁸ Cuando referimos que la aplicación y observancia de una disposición jurídica es obligatoria y justificada, hablamos de validez normativa, en contraposición a validez descriptiva (aquella que depende de la eficacia).¹⁴⁹ El que una disposición jurídica sea obligatoria significa “deber de ser cumplido”.¹⁵⁰ La validez normativa se basa en el aspecto interno de la norma, en el sentimiento de estar obligado.¹⁵¹

147 Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 145, pp. 119 y 120.

148 Raz, Joseph, “Legal Validity”, *ibidem*, p. 149.

149 Nino, Carlos Santiago, “Confusions Surrounding Kelsen’s Concept of Validity”, en Paulson, Stanley (ed.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 254.

150 Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 124, p. 46.

151 García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, p. 56.

Desde esta perspectiva de validez, no se requiere la existencia de poder político alguno que sustente el derecho. La validez normativa del derecho puede darse en sociedades denominadas horizontales, donde sus integrantes no tienen poder político que los diferencie entre sí, donde no existe la capacidad mediante el ejercicio de dicho poder, de obligar a otros a seguir las reglas. Las normas jurídicas pueden surgir sin necesidad de un derecho oficial supuesto por el Estado. Igual que el lenguaje, el derecho puede nacer en forma espontánea.¹⁵²

Santi Romano señala al respecto, que el concepto del derecho que se ha formado bajo el modelo estatal es inexacto lógicamente e históricamente. Por ejemplo, en el medievo existió una pluralidad de ordenamientos jurídicos, ninguno de los cuales era un ordenamiento jurídico estatal. Un ejemplo claro de un ordenamiento que por definición no es estatal y que pocos dudan en llamarlo legal es el derecho canónico. Sostener que el Estado es el señor, no sólo de su derecho, sino de todo derecho, es una exageración que no puede sostenerse.¹⁵³

La doctrina que ve al Estado como el único productor de derecho va de la mano con la postura romántica que sostiene que “el Estado es la realidad de la idea ética”.¹⁵⁴ La doctrina que ve al Estado como la máxima expresión jurídica requiere ser modificada frente a las exigencias globalizadoras contemporáneas.

II. LA FRONTERA DEL SISTEMA LEGAL ESTATAL

Decimos que la disposición jurídica x es un elemento (es miembro) de S , si de acuerdo con las reglas de pertenencia de S , se cumple que $x \in S$. La identificación de una disposición jurídica x como perteneciente a determinado sistema legal S ; depende de la definición de la frontera de S , ya que definir los límites del sistema jurídico significa definir sus alcances.

En la antigüedad, el *limes* romano, la muralla china y la marca del medievo tuvieron un carácter militar, de contención, para evitar posibles agresiones, sin que ello significara la definición de un espacio políticamente homogéneo hacia el interior. Estas contenciones militares eran

¹⁵² Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 73, p. 301.

¹⁵³ Santi Romano, *op. cit.*, nota 121, pp. 46 y 109.

¹⁵⁴ Hegel, G.W.F., *Filosofía del derecho* (1820), México, UNAM, 1985, p. 257.

inestables, imprecisas y desorganizadas; lugares de correrías y cambios bruscos de domino, regiones de nadie; por ello, no constituían una línea de delimitación exterior de un sistema de poder. Es hasta fines de la Edad Media que se da una revolución en las conciencias que crea el llamado sentimiento de frontera, y ello marca el sentido del fenómeno, el desenvolvimiento de la conciencia comunitaria de la vida política, el desarrollo del Estado moderno como unidad compacta, homogénea, cerrada en sus fronteras.¹⁵⁵

La teoría jurídica tradicional sostiene que: *a)* cada Estado —término por el cual queremos referir a una forma de organización política— posee un sistema legal que constituye el derecho de dicho Estado, y *b)* cada sistema jurídico nacional es necesariamente el derecho de un Estado. Desde estas dos premisas, “la identidad de los sistemas jurídicos está vinculada con la del Estado”.¹⁵⁶ Sistema legal y Estado se suponen y pertenecen mutuamente; y en términos jurídicos, el Estado no es más que otra denominación del sistema legal nacional.¹⁵⁷

Las disposiciones de un sistema jurídico estatal son vigentes en el tiempo y en el espacio determinado por los alcances soberanos del Estado al que pertenecen. Lo anterior da lugar a las, llamadas por Kelsen, esferas temporal y territorial de vigencia de una disposición jurídica.¹⁵⁸

Sostenemos que la mejor forma de enfrentar la relación entre Estado y derecho es disolver dicha relación; desprender a la teoría jurídica de sus “confines estatistas”,¹⁵⁹ para entonces hablar del derecho como un fenómeno que puede existir dentro del Estado, pero que no requiere del mismo para existir. El postular esta visión no resulta tarea fácil en una época donde el imperialismo y el nacionalismo cobran fuerza. En la actualidad, la relación entre dos sistemas jurídicos nacionales se da a la manera de Raz: normas “extrañas” que son “adoptadas” por el sistema jurídico, pero que no pasan a formar parte de dicho sistema.¹⁶⁰

¹⁵⁵ Maravall, José Antonio, *Estado moderno y mentalidad social (siglos XV a XVII)*, Madrid, Revista de Occidente, 1972, t. I, pp. 121 y ss.

¹⁵⁶ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 76, p. 99.

¹⁵⁷ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, p. 291.

¹⁵⁸ En teoría general de las normas, Kelsen cambió los términos de ámbitos de *validez* por el más apropiado de ámbitos de *vigencia*. *Cfr.* Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 124, p. 151.

¹⁵⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 70, p. 43.

¹⁶⁰ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 145, p. 120.

La relación entre dos sistemas jurídicos soberanos es necesariamente una relación de choque entre ellos. Así entendemos cuando Raz sostiene que el derecho nacional cubre dos funciones: respaldar el poder del Estado, su propia existencia, y mantener y apoyar otras formas de agrupación social sin hacerlas suyas.¹⁶¹ Con esta visión en mente, Raz sostiene que “obscurecer la distinción entre normas reconocidas como parte del sistema jurídico y normas, que aunque no son parte del sistema jurídico, son reconocidas y aplicadas porque es la función del derecho apoyar varias formas de agrupación social, es malentender la naturaleza del Estado y sus relaciones con otros sistemas sociales”.¹⁶² Justamente, en la época de la globalización no se trata de malentender la naturaleza del Estado, sino dejarlo atrás, desprenderse del mismo.

La vinculación entre sistema legal nacional y Estado ha llevado a concluir que no puede existir derecho sin Estado, e inclusive a señalar que el supuesto derecho que se da entre las distintas soberanías no es más que una mera opinión.¹⁶³ La idea de que el único derecho que existe es aquel que crea el Estado nacional y el supuesto de la ciencia política de que el Estado nacional es soberano determinan los límites del sistema jurídico nacional. Soberanía política y límites legales se identifican.

La función de límite que juega la idea soberana, cobra vida al separar y distinguir entre los distintos sistemas jurídicos nacionales, entre el sistema legal y los otros sistemas normativos; por otro lado, el paradigma soberano unifica el sistema jurídico hacia adentro, así como el Estado soberano fraguó a la nación¹⁶⁴ como subjetivización romántica del Estado mismo,¹⁶⁵ el Estado soberano fue también el crisol del siste-

¹⁶¹ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 76, p. 101.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 101 y 102.

¹⁶³ Austin, John, *op. cit.*, nota 104, pp. 9 y 24.

¹⁶⁴ Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, México, Porrúa; Córdova, Arnaldo, *La formación del poder político en México*, México, Era, 1974, pp. 13-23.

¹⁶⁵ A mediados del siglo XVIII surgió en la vieja Europa una corriente de pensamiento que se reflejó en todas las actividades del ser humano: el Romanticismo. Si bien es cierto que era una corriente literaria, ello no impidió que se extendiera a otros campos, como la moral o la política. Tomó un vivo interés por retornar a los orígenes y al alma popular, valorando lo folklórico y la expresión del pueblo. El romanticismo fue una revaloración de lo individual como una reacción contra el racionalismo totalizador. La Ilustración propuso una razón universal, el romanticismo enalteció lo particular entre un pueblo y otro. La unión entre éste y el nacionalismo quedó forjada desde su nacimiento.

ma jurídico, pues fijó la base de la distinción entre el sistema legal y su entorno. Unificación hacia dentro, al interior del sistema legal; separación hacia fuera, demarcación con los otros sistemas normativos.

1. *El efecto de los límites hacia el interior del sistema legal nacional*

Jellinek sostenía que el derecho nacional, al contrario del internacional, se basaba en relaciones de subordinación, debido a que quienes crean el derecho y quienes se encuentran obligados son personas distintas. Esta subordinación es característica inmediata de la relación de *imperium* que existe entre el soberano y el súbdito.¹⁶⁶

Originalmente, los Estados, como absolutos que eran, no consentían limitar alguno al ejercicio de su poder.¹⁶⁷ La teoría de la soberanía justificó el ejercicio del mismo hasta llevarla a contraponer la *raison d'état* al interés del ser humano.¹⁶⁸ Una lucha continua de la sociedad civil contra la idea soberana dio lugar dentro de los Estados a limitaciones jurídicas en el ejercicio del poder. La limitación al poder político estatal se consolidó en la teoría jurídica del constitucionalismo. El movimiento constitucional resquebrajó el límite soberano al interior del Estado nacional.¹⁶⁹

Bajo la idea romántica, la *nación* se convierte en *patria*, y la *patria* en la divinidad del mundo moderno, y como tal, *sagrada*. Esta es la gran novedad que se da a partir de la Revolución francesa, esta es la característica del Estado nación. Cfr. Chabod, F., *La idea de nación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, pp. 80 y ss.

¹⁶⁶ Jellinek, Georg, *op. cit.*, nota 79, pp. 560 y 564.

¹⁶⁷ “La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república”, Bodin, J., *op. cit.*, nota 107, p. 141.

¹⁶⁸ Laski, H., *El liberalismo europeo (1936)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 49 y ss.

¹⁶⁹ En esta lucha constitucional, lord Coke señaló al rey James I, cuando se opuso a que resolviera casos sin consultar a los jueces: “si bien es cierto que Dios ha dotado a su majestad con excelente ciencia, su majestad no ha sido estudiado en las leyes de su reino de Inglaterra y en las causas que se refieren a la vida, sucesiones, bienes o fortunas de sus súbditos, éstas no se deciden por la razón natural, sino por *the artificial reason and judgment of law* y para ello se requieren largos años de estudio y experiencia antes de que un hombre pueda llegar a conocer de dichos casos... El rey se ofendió y dijo que entonces él se encontraría por debajo de la ley (*common law*)... a lo cual yo le contesté lo que Bracton había dicho: “*Quod rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et Lege*”; Coke, Edward, citado en *The Dictionary of National Biography*, vol. IV, Londres, Geoffrey Comberlege, 1950, vol. 12, Reports, pp. 64 y 65 (fundado en 1882 por George Smith).

La relación de subordinación referida por Jellinek fue reinterpretada bajo la teoría constitucional. La soberanía del monarca fue sustituida por la soberanía de la ley. Que la ley se sobreponga sobre todos los miembros de una sociedad, gobernados, pero sobre todo, gobernantes es lo que llamamos Estado de derecho, Estado constitucional.

Cabe señalar que el movimiento constitucional no pudo disolver del todo al soberano, y bajo esta idea de *imperium* sobreviven ciertos binomios: monarca vs. súbdito; derecho público vs. derecho privado; creación vs. aplicación del derecho; los que ordenan vs. los que obedecen; poder vs. obediencia; gobierno vs. sociedad.

Todos estos binomios derivados de la idea de *imperium*, del supuesto soberano, confunden al derecho con la sociedad que pretende regular. En efecto, todo orden jurídico supone lo que Habermas ha llamado “la revolución en el mundo de las representaciones morales”, esto es, “el establecimiento de la norma jurídica por encima del mundo de las simetrías y reciprocidades que se yergue sobre las partes litigantes, como norma jurídica previa que se considera vinculante para todos”.¹⁷⁰

Kelsen percibió magistralmente esta revolución de las representaciones morales y al tratar la idea de *imperium* señaló que la relación de superioridad e inferioridad, que necesariamente existe en todo sistema jurídico, no hace referencia a la que se da entre los integrantes de la sociedad que regula dicho sistema jurídico. La relación de superioridad no se refiere al binomio soberano vs. súbditos, sino a la que acontece entre todos los miembros de la sociedad, el supuesto soberano y sus súbditos, por una parte, y el orden que regula la conducta de dichos miembros, por la otra. Esta subordinación nouménica se da inclusive en la moral, donde los individuos, cuya conducta está regulada por las normas morales, se hallan tan sujetos a éstas, tan “inferiores” a ellas, como los que están sometidos al orden jurídico.¹⁷¹

¹⁷⁰ Habermas, Jüngen, *op. cit.*, nota 17, p. 26.

¹⁷¹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 79, pp. 89 y 90.

2. *El efecto de los límites hacia el exterior del sistema legal nacional*

A. *La postura tradicional, Vattel*

Si los límites de los sistemas legales estatales, cimentados en el dogma soberano, fueron relajados al fijar las relaciones al interior de dichos sistemas, una limitación hacia el exterior nunca tuvo éxito. Así, se ha dicho que la idea de la soberanía de los Estados es problemática, cuando el derecho internacional es traído a colación como un sistema que impone obligaciones a los Estados.¹⁷²

La soberanía de los sistemas legales generó dos realidades a partir de la distinción entre relaciones internas-externas de dichos sistemas, el llamado derecho internacional clásico se fundamentó así en diversos binomios que expresaban esos dos mundos: nacional *vs.* internacional, como dos realidades jurídicas distintas; costumbre *vs.* tratados, como las dos fuentes del derecho internacional; soberanía *vs.* consentimiento, como dos categorías inseparables en las relaciones internacionales; Estado *vs.* individuo, como dos personalidades de dos sistemas jurídicos paralelos. Estos binomios fueron las bases limítrofes de los sistemas jurídicos nacionales entre sí y entre los sistemas legal nacional y legal internacional, al mismo tiempo estas dualidades y contradicciones constituyen los estrechos y únicos puentes de comunicación existentes entre los distintos sistemas legales.

La teoría jurídica clásica basada en esta concepción vatteliana distingue dos diferentes estructuras legales, una completamente separada de la otra; mutuamente independientes, regulando cuestiones disímiles y con autonomía en sus fuentes. Total paralelismo entre el derecho nacional y el derecho internacional.

La consecuencia fundamental para las relaciones entre los diferentes Estados que integran la comunidad mundial, derivada del postulado soberano, es que las obligaciones generadas para ellos dependen del consentimiento del obligado. Cualquier limitación a la soberanía de un sistema legal debe surgir del consentimiento mismo del soberano, implícito o expreso. Lo anterior fue mencionado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1927 al sostener que:

¹⁷² Kelsen, Hans, "Sovereignty", en Paulson, Stanley (ed.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, *cit.*, nota 149, p. 525.

El derecho internacional gobierna relaciones entre Estados independientes. Las reglas del derecho, obligatorias sobre los Estados, emanan de su deseo libre, expresado en convenciones o en usos generalmente aceptados, evocando los principios del derecho y establecidos para regular las relaciones entre estas comunidades independientes, coexistentes o con la mira a alcanzar objetivos comunes. Restricciones sobre la independencia de los Estados no pueden, por tanto, presumirse.¹⁷³

La conclusión para la legalidad es triste: el derecho internacional, bajo la idea soberana, no puede tener existencia independiente de la voluntad de los Estados, y es “como una tela de Penélope, que se recomienza a tejer *ex novo* en cada acuerdo normativo”.¹⁷⁴

La afirmación de Raz,¹⁷⁵ de que normas “extrañas” a un sistema legal nacional son “adoptadas” y aplicadas por dicho sistema, y sin embargo no pasan a formar parte del mismo, fundamenta relaciones entre los distintos sistemas jurídicos estatales basadas en el dogma soberano. Estas relaciones son necesariamente endeblas al ser un simple reconocimiento de soberanías. Por ello, Jellinek sostenía que el derecho internacional, al carecer de *imperium*, presentaba las características de la anarquía.¹⁷⁶

B. ¿Un tercer orden jurídico?

En una economía global, la total separación entre el sistema jurídico internacional y los sistemas jurídicos nacionales y entre estos últimos resulta difícil de sostener. Pensemos en el CEI. Ante este fenómeno tan común en el campo de la inversión extranjera, nos encontramos que la teoría tradicional observa dos personalidades encontradas; dos seres que pertenecen a mundos jurídicos distintos, como un marciano que comercia con un terrícola. Por un lado, la personalidad del Estado es doble; la reconocida por el derecho internacional y la instituida por el sistema jurídico del Estado en cuestión; personalidad al interior y personalidad al exterior, en su ambivalencia como miembro de dos sistemas jurídicos disyuntivos. Por otro lado, tenemos que la empresa con-

¹⁷³ *The Lotus Case, France vs. Turkey* P. C. I. J. Reports, serie A, núm. 10, 1927.

¹⁷⁴ Santi Romano, *op. cit.*, nota 121, p. 64.

¹⁷⁵ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 145, p. 120.

¹⁷⁶ Jellinek, Georg, *op. cit.*, nota 79, pp. 560 y 564.

tratante carece de personalidad internacional y la única personalidad con la que puede suscribir el contrato de Estado es aquella reconocida por el sistema jurídico nacional al que pertenece de acuerdo con la regla de la constitución o incorporación.

La conclusión para la teoría jurídica vatteliana es inmediata, el contrato de Estado necesariamente se rige por la ley del Estado contratante:

Cualquier contrato que no sea entre Estados, en su capacidad como sujetos de derecho internacional, está basado en el derecho interno de alguno de ellos. La pregunta a cuál derecho forma la materia de la rama del derecho en el día presente, usualmente se describe como derecho internacional privado o la teoría del conflicto de leyes. Estas reglas por lo tanto pueden ser comunes a varios Estados y pueden inclusive ser establecidas por convenciones internacionales o costumbres, y en el último caso pueden poseer el carácter de verdadero derecho internacional que gobierna la relación entre Estados. Pero aparte de esto debe considerarse que estas reglas forman parte del derecho nacional.¹⁷⁷

El problema bajo el esquema de múltiples jurisdicciones estatales es simplemente el de elegir la correcta. Hasta ahora los intentos para solucionarlo se han ubicado en buscar la jurisdicción aplicable de la manera más conveniente para todos los miembros de la comunidad internacional.

No obstante que esta solución jurídica es clara, el comercio internacional rehúsa aceptarla por diversas razones: el Estado contratante posee características indeseables para el inversionista extranjero. Como todo contratante, el Estado se somete al derecho que regula el contrato; no obstante, dicho derecho estatal puede ser modificado a capricho del mismo Estado; el resultado final es una relación contractual sin seguridad jurídica para el inversionista.

Los objetivos de los contratantes son claros: el inversionista extranjero busca recuperar su inversión. El Estado pretende crear un ambiente favorable para el crecimiento económico, incrementar el nivel de empleo y mejorar las condiciones de vida de su población; sin embargo, ante inversiones exitosas siempre está presente la tentación de emplear el recurso de expropiación, justificada mediante el discurso de que los recur-

¹⁷⁷ *Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, *op. cit.*, nota 12, pp. 5-89, en la página 41.

sos nacionales están siendo explotados y aprovechados por extranjeros indeseables.

Los flujos internacionales de comercio e inversión y la vida económica internacional no se limitan ante la inflexibilidad de los esquemas y teorías jurídicas. Ante la posibilidad de parar los flujos de capital, los contratantes, Estados e inversionistas han preferido hacer caso omiso a la teoría jurídica tradicional y han negociado multitud de CEI, en los cuales claramente se pretende que la relación convencional deje de estar al arbitrio del país huésped.

Ante la necesidad de atender la problemática de la inversión extranjera, ante lo apremiante que resultan los flujos comerciales y de capital para que un país crezca, ante la falta de soluciones que el derecho internacional general tradicional provee al problema de la inversión ha sugerido la necesidad de una “patita privada”¹⁷⁸ del derecho internacional público. Aunque tentadora, el problema con esta solución es que no se dejan los confines de la teoría de la soberanía estatal y nuevamente caemos en uno de los binomios por ella generada: la distinción público-privado.

Otra forma de solucionar la cuestión ha sido incorporar reglas de contratación mediante tratados entre Estados de forma que se transformen en “verdadero derecho internacional”.¹⁷⁹ Esta solución no siempre es posible; la relación entre Estados es tan compleja que muchas veces no están dispuestos a llevar los intereses de una empresa en particular a la negociación de tratados si ello implica empañar el trato de otras negociaciones.

Bajo la tradición vatteliana, que soberanamente no reconoce otros sistemas jurídicos distintos al propio, la herramienta para afrontar el problema de a qué sistema legal está incorporado el contrato de Estado internacional, siempre es el binomio derecho nacional–derecho internacional, y, por lo tanto, la solución siempre será de esquina.

De acuerdo con la teoría vatteliana, si no es algún sistema jurídico nacional el que gobierna la relación jurídica del contrato de Estado internacional, entonces dicha relación está gobernada por el derecho inter-

¹⁷⁸ Booyesen, Hercules, “International Law as Legal System: the Quest and the Need for a Private-Law Leg”, <http://home.yebo.co.za/~interlegal/private-leg.html>.

¹⁷⁹ *Payment of various Serbian Loans Issued in France*, *op. cit.*, nota 12, pp. 5-89, en la página 41.

nacional. Los problemas de esta solución de esquina son inmediatos: 1) parece que el derecho internacional no tiene disposiciones jurídicas suficientes para regular estos contratos,¹⁸⁰ y 2) el derecho internacional clásico solamente es aplicable a los Estados y a ciertas organizaciones internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Estas dos limitaciones son más aparentes que reales. En primer lugar, ningún sistema legal agota las posibilidades de la realidad, ningún código prevé todas las posibilidades de cláusulas contractuales. En segundo lugar, existen en el derecho internacional general suficientes principios básicos respecto de la inversión extranjera, como para resolver un problema que se plantee ante un juez, hasta donde se sabe ningún tribunal de arbitraje internacional ha declarado *non liquet*. En tercer lugar, existe una fuerte presión social para considerar dentro del derecho internacional la posibilidad de nuevos actores, distintos a los Estados y ciertas organizaciones internacionales. El comienzo ha sido otorgar a los privados responsabilidad internacional por crímenes contra la humanidad. De esta forma, “cuanto más aumente la obligación y autorización directa de individuos por el derecho internacional, tanto más tenderá a desaparecer la frontera entre éste y el derecho nacional”.¹⁸¹

No obstante, por el momento baste decir que nada limita que las soluciones a la pregunta de qué sistema legal da sustento al contrato de Estado internacional, sean sólo dos: derecho nacional o derecho internacional.

¿Por qué continuar en los límites del binomio derecho nacional-derecho internacional? ¿Es posible que existan sistemas jurídicos distintos a los nacionales y al internacional? Preguntémosnos, por ejemplo, si el derecho canónico o las costumbres ancestrales de los pueblos indígenas conforman sistemas jurídicos. No hay motivos para dar una respuesta negativa. ¿Es posible que esos sistemas jurídicos distintos al derecho nacional

¹⁸⁰ No obstante, el artículo 42 del acuerdo ICSID ha resuelto la pregunta de si los CEI pueden ser removidos del derecho nacional y ser sujetos de las reglas de derecho internacional, tan escasas como sean, en sentido positivo. *Cfr.* Delaume, Georges, “State Contracts and Transnational Arbitration”, *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981, p. 786. Para una crítica en contra de que el derecho internacional sea un sistema adecuado de regulación del CEI véase Maniruzzaman, A. F. M., “International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements: a Prognostic View”, *Wisconsin International Law Journal*, vol. 20, invierno de 2001, pp. 2 y ss.

¹⁸¹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 79, p. 124.

o internacional regulen el contrato de Estado internacional, o cualquier otro? En una época donde es necesario admitir las pluralidades antes de que nos exterminemos mutuamente, es difícil no considerar, al menos, la posible existencia de otros sistemas jurídicos aparte de los muy conocidos derechos nacional e internacional.

La idea de que al lado del derecho internacional, que rige relaciones entre Estados, y al lado de los derechos nacionales, que rigen relaciones entre el Estado y súbditos y entre estos mismos, existe un orden jurídico intermedio que no se confunde ni con el uno ni con el otro, tiene la ventaja de no buscar romper paradigmas. Este tercer orden ha sido llamado comúnmente como derecho transnacional y comprende la *lex mercatoria*.¹⁸²

Las preguntas frente a este tercer orden han sido muchas: ¿el derecho transnacional es verdadero y verificable?, ¿posee reglas jurídicas obligatorias? La “ventaja” del derecho transnacional es que no rompe con el principio de soberanía de los Estados y no tiene, como consecuencia, que “elevar a las sociedades privadas a la «dignidad» de sujetos del derecho internacional”.¹⁸³

Según la definición generalmente aceptada, el derecho transnacional engloba al conjunto de reglas que trascienden, desde el punto de vista del objeto o campo de aplicación y necesariamente de su fuente, las fronteras de un Estado. El derecho transnacional se inspira de diversos derechos nacionales, comprende principios generales del derecho, costumbres y usos del comercio internacional, cierta codificación expedida por asociaciones internacionales son los Incoterms, la *lex mercatoria*, el derecho reglamentario interno de las organizaciones internacionales públicas, el derecho administrativo internacional, el derecho petrolero y la jurisprudencia de los tribunales arbitrales. Desde esta perspectiva, el derecho transnacional constituye un tercer orden jurídico, distinto, a la vez, de los derechos nacionales y del derecho de gentes.

El derecho transnacional surge en parte de manera espontánea y en parte de forma deliberada por los operadores del comercio internacional

¹⁸² La *lex mercatoria* puede definirse como aquella que rige las transacciones jurídicas relativas al comercio internacional: ventas, operaciones bancarias, transportes, seguros, contratos de construcción de grandes emporios industriales. Lalive, Jean-Flavien, “Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées”, *Recueil des Cours*, III, t. 181, 1983, p. 48.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 26.

e instituciones internacionales.¹⁸⁴ No obstante, la postura del derecho transnacional ha sido duramente criticada por “misteriosa en su naturaleza y mal definida en su ámbito de aplicación”.¹⁸⁵

C. La postura kantiana

La postura vatteliana acerca del binomio derecho nacional-derecho internacional y que postula un tercer orden jurídico: el derecho transnacional, presenta un serio inconveniente conceptual. Aceptan la pluralidad de actores, pero no los hacen parte de una misma comunidad jurídica.

La visión vatteliana y los enfoques basados en terceros órdenes jurídicos, como el ya mencionado, comulgan con la idea de diversos actores, en diversas pistas, todos juntos en el mismo circo, pero sin revolverse. Distintas personalidades en distintos sistemas legales.

Reconocer la existencia de otros no es suficiente para conformar una sociedad. En efecto, podemos pensar en dos conceptos de pluralidad: uno es cuando los diversos no se encuentran vinculados de manera alguna, sino simplemente se reconocen en su existencia, pero evitan la convivencia; este concepto se identifica con la reunión accidental de elementos no identificados entre sí; el segundo concepto de pluralidad es el de la comunión de los distintos, la integración de los diferentes, cuyo contraste termina en el común sentir de la convivencia. El primer concepto es excluyente y no reúne las características de sociedad. En el segundo caso, la pluralidad es incluyente, constituye un sistema de convivencia y define a una sociedad. No existe sociedad con pluralidades excluyentes sino incluyentes, no existe sociedad sin reglas de convivencia. A esto se referían los romanos con *ubi ius, ubi societas*.

Si queremos una verdadera sociedad global, donde estén considerados y conviviendo los diversos países y sus gobiernos, los seres humanos, las organizaciones no gubernamentales e internacionales, las empresas transnacionales, entre otros actores, debemos buscar una pluralidad de inclusión, no una accidental, debemos crear una pluralidad de convivencia, no de desavenencia, una pluralidad de razón, no de fuerza.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pp. 31 y 48.

¹⁸⁵ Higet, Keith, “Eason-Weinmann Center for Comparative Law Colloquium: The Internationalization of Law and Legal Practice: The Enigma of the *Lex Mercatoria*”, 63 *Tulane Law Review*, 613, febrero de 1989.

En este punto es importante, por tanto, romper el dogma soberano. Un sistema legal que para aplicarse depende de la voluntad de quienes deben obedecerle no puede seriamente ser llamado derecho. Un verdadero “ordenamiento jurídico es incompatible con una comunidad paritaria”,¹⁸⁶ una comunidad excluyente que no llega a someterse a la regla jurídica. La visión de Raz de la comunidad jurídica que “pretende respetar” la manera en que fueron creadas las disposiciones de “otra” comunidad jurídica es una visión del mundo incrustado en los límites soberanos, es una visión de una comunidad jurídica que no puede ser considerada como tal, y debe, necesariamente, dejarse atrás si se quiere tener un verdadero sistema jurídico global.

El problema radica en que dentro de la pluralidad se reconozca la primacía de la convivencia general, de las reglas que permiten la existencia de la sociedad plural misma. La solución para un sistema legal universal no es simple; por un lado, implica incluir en el sistema legal internacional a otros actores distintos de los Estados y de la Organización de las Naciones Unidas, y, por otro, requiere reconocer la primacía del derecho internacional sobre todos los sistemas legales existentes,¹⁸⁷ el de los distintos Estados nacionales y todos los demás sistemas terceros. Sin esta supremacía la paz estable que el mundo reclama no podrá ser asegurada.¹⁸⁸

El derecho requiere para ser llamado así constituirse en una superestructura que no sólo regule las relaciones de sus miembros, sino, sobre todo, que los domine.¹⁸⁹ Se requiere no de que el derecho entre las naciones exista, sino que sea obedecido aun en casos en que los intereses de los Estados exigen que no se cumpla.¹⁹⁰ En el ámbito de las relaciones internacionales resulta necesario llevar a cabo la revolución de las representaciones morales de la que habla Habermas: colocar a la norma jurídica por encima del mundo de las simetrías y reciprocidades, y para

¹⁸⁶ Santi Romano, *op. cit.*, nota 121, p. 135.

¹⁸⁷ Vereshchetin, Vladlen, “New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law”, *European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 1, 1996.

¹⁸⁸ Bobbio, Norberto, “Hans Kelsen, the Theory of Law and the International Legal System. A Talk”, *European Journal of International Law*, vol. 9, núm. 2, 1998.

¹⁸⁹ Santi Romano, *op. cit.*, nota 121, p. 67.

¹⁹⁰ Hurrell, “International Society and the Study of Regimes”, en Rittberger, V. (ed.), *Regime Theory and International Relations*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 50-53.

erguirla sobre las partes litigantes, como norma jurídica previa que se considere un vínculo para todos.¹⁹¹ En términos de Ferrajoli, es necesario transformar el sistema de las relaciones internacionales basado en *pactum associationis*¹⁹² a un verdadero ordenamiento jurídico basado en *pactum subjectionis*.¹⁹³

El jurista que concibió a la raza humana como un todo, sin particionarla en múltiples Estados soberanos independientes que se contraponen y luchan entre sí, fue Kant, quien se preguntaba a sí mismo “¿Es la raza humana como un todo posible, o es un objeto que debe ser visto con desdén? ¿Debemos simplemente desecharla sin enfocar esfuerzos reales para que se dé y entonces no tomar mayor interés en ella?”¹⁹⁴ El pensador de Koenisberg consideró que una Federación de Estados libres era el orden perfecto internacional, y que no solamente era posible, sino deseable; pensaba que las fuerzas naturales que gobiernan a la raza humana nos llevarían a tal situación mediante el empleo de la razón:

La paz perpetua está garantizada por no menos autoridad que el gran artista, la naturaleza misma, *Natura Daedala Rerum*. El proceso mecánico de la naturaleza visiblemente exhibe su plan propositivo de producir acuerdo entre los hombres, aun en contra de sus deseos y claramente por medios de su más grande desacuerdo. Este diseño, si lo vemos como una causa compulsa cuyas leyes de operación son desconocidas para nosotros, se le llama *Destino*. Pero si consideramos la función propositiva dentro del desarrollo del mundo, entonces aparece la sabiduría subyacente de una causa mayor... que llamamos *Providencia*.¹⁹⁵

¹⁹¹ Habermas, Jüngen, *op. cit.*, nota 17, p. 26.

¹⁹² En este sentido se ha dicho que el derecho internacional regula relaciones horizontales y no verticales. La idea que subyace detrás de esta visión es que el derecho internacional es la formalización de las relaciones interestatales de carácter diplomático. Este tipo de relaciones se basa en: a) una sociedad internacional compuesta de Estados soberanos cuya estructura interna o sistema político es irrelevante para las normas legales internacionales, y b) acuerdo general de que la materia internacional es competencia de los gobiernos, *cf.* Friedman, W., *op. cit.*, nota 79, p. 475.

¹⁹³ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 178.

¹⁹⁴ Kant, Immanuel, “On the Common Saying: “This May Be True in Theory, but It Does Not Apply in Practice (1793)”, en Reiss, H. (ed.), *Kant's Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, p. 87.

¹⁹⁵ Kant, Immanuel, “Perpetual Peace, a Philosophical Sketch (1795)”, en Reiss, H. (ed.), *Kant's Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, p. 108.

¿Qué impide que el *pactum associationis* de los Estados llegue a ser un *pactum subjectionis*? La respuesta es clara: el postulado soberano. Lo que divide, separa, sirve de frontera entre los sistemas jurídicos nacionales es, sin lugar a duda, el reclamo de soberanía.

No todo está perdido, la frontera soberana es movable y maleable; el concepto de soberanía se ha hecho compatible tanto con el aislamiento hermético del Estado como con su integración con la comunidad mundial.¹⁹⁶ Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo que “la cuestión de que si cierta materia pertenece o no exclusivamente a la jurisdicción de un Estado es una cuestión esencialmente relativa, depende del desarrollo de las relaciones internacionales”.¹⁹⁷ Esto hará llegar en algún momento la etapa de una verdadera sociedad mundial; compleja e interrelacionada comunidad que comienza con los individuos y alcanza a la sociedad de Estados, llamada por Jessup “Estado mundial”.¹⁹⁸

La revolución de las representaciones morales en las relaciones de los distintos sistemas jurídicos estatales reclama a sus integrantes percibir que:

El acuerdo normativo... produce una voluntad que no es aquella de los Estados en lo particular, sino una voluntad única en la cual se funda, y que es superior... el derecho internacional... [que]... adquiere un carácter de *ius supra* partes... no basa su posición en la subordinación e independencia de unos Estados frente a otros, sino una posición de sujeción de todos los Estados que son miembros [de la comunidad internacional]... El derecho internacional solamente es verdaderamente derecho cuando vincula y domina la voluntad estatal, cuando la trasciende y se afirma como entidad aparte.¹⁹⁹

Para lograr visualizar la aplicabilidad de un solo derecho a todas las comunidades, la de Estados, la de empresas de distinta nacionalidad, la de personas súbditas de distintos Estados, es necesario evitar pensar únicamente en términos de un forum particular,²⁰⁰ evitar pensar en términos soberanos.

¹⁹⁶ Koskenniemi, Martti, “The Politics of International Law”, *European Journal of International Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 1, núm. 1.

¹⁹⁷ *Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco Case*, Advisory Opinión, PCIJ, 1923, 24.

¹⁹⁸ Jessup, Phillip, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, p. 1.

¹⁹⁹ Santi Romano, *op. cit.*, nota 121, pp. 55 y 115.

²⁰⁰ Jessup, Phillip, *op. cit.*, nota 198, p. 6.

Jessup percibió que el término derecho internacional estaba muy vinculado con la sociedad de Estados, y que había una fuerte resistencia a incluir en dicho sistema jurídico a otros agentes distintos a los soberanos, tales como las personas jurídicas de diversas nacionalidades. Ante tal situación decidió utilizar el término “derecho transnacional” en un sentido más general que el utilizado por nosotros “para incluir todo el derecho que regula acciones o eventos que trascienden las fronteras nacionales... [en él]... tanto el derecho internacional público como el internacional privado están incluidos, así como otras reglas que no ajustan completamente dentro de tales categorías”.²⁰¹ En el concepto de Jessup, las situaciones transnacionales involucran individuos (con nacionalidad o sin nacionalidad), empresas, Estados, organizaciones de Estados, y otros grupos.

III. LOS PODERES DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA JURÍDICO PARA REALIZAR CONTRATOS

En un trabajo distinto hemos discutido ampliamente los diversos elementos (disposiciones jurídicas) que integran un sistema legal: “provisiones” vs. “no provisiones”; las primeras divididas en “obligativas” (*D-law*) y “no obligativas” (*P-Law*). A su vez, las obligativas vimos que pueden ser divididas en “prescripciones” o “prohibiciones”, y las no obligativas pueden distinguirse entre “potestativas” o “permisivas”. Finalmente analizamos la función crucial de la no provisión para la integración y coherencia del sistema legal.²⁰² En este apartado, y para efectos de entender la naturaleza del CEI, retomaremos solamente el análisis de provisiones no obligativas: los poderes.

Los poderes son provisiones no obligativas. Hart señala que:

Las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos, no exigen que las personas actúen de modos determinados, lo quieran o no. Tales normas no imponen deberes u obligaciones. En lugar de ello, acuerdan a los particulares *facilidades* para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condi-

²⁰¹ *Ibidem*, p. 2.

²⁰² García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 81 y ss.

ciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho.²⁰³

Respecto a la cita anterior, Raz ha señalado que se pueden derivar dos importantes observaciones: a) existen disposiciones jurídicas que confieren poderes (identificadas como *P-law*), y b) las *P-law*, al igual que las *D-law*, son normas (llamadas por nosotros provisiones),²⁰⁴ ya que buscan regular la conducta humana.

Una provisión tiene la característica de que busca guiar el comportamiento humano; sin embargo, algunas provisiones no lo hacen en una dirección definida. Mientras que las *D-law* son normas imperativas, provisiones obligativas, que señalan al hombre un determinado curso de acción; las *P-law* son normas potestativas o permisivas, provisiones no obligativas, que guían el comportamiento humano al proveer a los individuos de facilidades para llevar a cabo sus deseos.

La provisión *P-law* permite ejecutar el acto previsto por la misma o no ejecutarlo, las razones para una u otra elección serán valoradas por quien lo ejecute, ya que las consecuencias son, en ocasiones, ventajosas y en otras desventajosas. La *P-law* confiere, por tanto, un poder. Decimos que existe poder cuando una persona es capaz de producir a su voluntad, por medio de sus actos, los efectos jurídicos deseados.

Cuando un órgano del sistema legal tiene el poder de llevar a cabo determinada conducta decimos que es competente. La competencia se ejerce mediante la emisión de una “disposición”.²⁰⁵ En algunos casos, la disposición emitida se compone de una descripción detallada de las relaciones que genera, por ejemplo, los contratos llave en mano para extracción de petróleo; en otros casos la disposición consiste simplemente en llenar con una palabra un espacio en una línea vacía, por ejemplo, en los contratos de adhesión para comprar un boleto de avión.

²⁰³ Hart, H. L. A., *El concepto del derecho*, trad. de Genaro R. Carrio, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 35.

²⁰⁴ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 157.

²⁰⁵ Las disposiciones son discurso directivo, poderes ejercidos libremente, y, por ello, son llamados poderes de autonomía; sin embargo, los efectos legales que produce el ejercicio de dichos actos están determinados por el sistema legal mismo. Estos poderes se ejercen mediante pronunciamientos que, por disposición del sistema legal, producen los efectos deseados por el que los emite. Ross, Alf, *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1974, p. 217.

En ambos casos los alcances de la disposición están dados por el sistema legal. Contratos, leyes, testamentos son ejemplos de este tipo de declaraciones dispositivas.²⁰⁶

Aunque la decisión de emitir la declaración dispositiva se ejerce libremente, la relación jurídica que se crea es heterónoma. Llamamos “sujeción” al correlato del “poder”. Los ciudadanos en general quedan sujetos al poder del legislativo; los herederos, al poder del testador; los contratantes, al poder de su compromiso expresado por la voluntad convencional. El sistema legal limita los poderes competenciales en tres aspectos: *a*) competencia personal (condiciones de calificación que debe reunir el órgano del sistema legal que ejerce el poder); *b*) competencia procedimental (condiciones procedimentales para ejercer dicho poder), y *c*) competencia material (condiciones en cuanto al alcance del ejercicio del poder).²⁰⁷

Tradicionalmente, la teoría jurídica ha distinguido entre dos tipos de normas competenciales: de autonomía privada y de autoridad pública. Se supone que las reglas de competencia que otorgan el poder de “autonomía privada” tienen como fin capacitar al individuo para que dé forma a sus relaciones legales de acuerdo con sus propios intereses dentro del marco del sistema legal. Se dice que este poder tiene las siguientes características: *a*) no es cualificado (todo el mundo lo tiene); *b*) es autónomo (se usa para obligar a la propia persona competente); *c*) es discrecional (se ejerce libremente), y *d*) es transferible (puede transmitirse a otros).

Se dice, por otra parte, que el poder de autoridad pública es, en cambio, cualificado, ya que se requiere de una designación especial para ejercerlo; heterónomo, ya que cuando se ejerce obliga a otros; el poder de autoridad no se ejerce a conveniencia ni libremente, sino como un deber, su función social es servir al bien común, por lo que nunca es parte de un derecho y, por lo tanto, no es transferible.

En realidad, las características contrarias de un poder de autonomía privada y uno de autoridad pública son más aparentes que reales. En efecto, en el caso de la capacidad de contratación, que nadie duda de que se trata de un poder de autonomía privada, dicha capacidad no fue concedida de manera general a todos los seres humanos por el derecho romano, sino solamente a las “personas”. En segundo lugar, la obligato-

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 166.

²⁰⁷ Ross, Alf, *Lógica de las normas*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 123.

riedad de las disposiciones jurídicas que nacen de dicho acto jurídico, no depende del arbitrio de las partes que intervengan en el acto.²⁰⁸ Dicho poder no es discrecional, pues está limitado por el sistema jurídico de mérito, de forma que actos ilegales no pueden pactarse, y el poder de contratación es intransferible.

Ferrajoli nos aclara el punto de la intransferibilidad del poder de contratación cuando distingue entre el ejercicio de un derecho y su titularidad, entre la posibilidad de convertirse en propietario (derecho de propiedad) y el ser titular de un derecho de propiedad respecto de un objeto en particular; el primero es presupuesto del segundo. Los derechos de la primera clase son todos iguales en el sentido de que adscriben a todo el mundo en cuanto personas; mientras que los segundos son vehículos de multiplicación de desigualdades económicas.²⁰⁹

Esta distinción de Ferrajoli se basa en su binomio normas téticas vs. normas hipotéticas. Las primeras son aquellas que atribuyen inmediatamente situaciones jurídicas o estatus a determinadas clases de sujetos; conforme a ellas, sin mediación de ninguna otra prescripción jurídica, sus destinatarios son titulares de las situaciones y del *status* que prevén. Un ejemplo de normas téticas es precisamente el derecho a ser propietario.

Por el contrario, las normas hipotéticas predisponen situaciones o estatus como efectos de los actos previstos como hipótesis, como, por ejemplo, los derechos de propiedad sobre ciertos bienes en particular. Ferrajoli señala que los derechos previstos por las normas téticas y los creados por las hipotéticas han sido defendidos por el pensamiento liberal de una manera intransigentemente igual, al no querer distinguir que se trata de derechos estructuralmente distintos, sobre todo porque las normas hipotéticas nacen de actos negociales.²¹⁰

Vista con detenimiento, la distinción entre poderes de autonomía privada y de autoridad pública tiene un fundamento político más que jurídico. La teoría de la autonomía privada (autonomía de la voluntad) tiene su

208 “Todas las obligaciones que nacen del acto jurídico privado... se crean por un procedimiento autónomo, pero una vez ya elaboradas, tienen vigencia heterónoma, es decir, nacen por voluntad del obligado y en este sentido existe autonomía en su formación, pero una vez creadas, tienen vigencia independientemente del arbitrio del obligado y, por lo tanto, existe heteronomía en sus efectos o vigencia”, Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, t. V: *Obligaciones*, México, Porrúa, 1981, vol. I, p. 49.

209 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 165.

210 *Ibidem*, pp. 156, 164 y 165.

exposición máxima en la filosofía de Hegel, para quien “el campo del derecho es lo espiritual, y su lugar preciso y punto de partida es la voluntad, que es libre, de suerte que la libertad constituye su sustancia y determinación; y el sistema de derecho es el reino de la libertad realizada”.²¹¹ El gran romántico alemán señala que “el derecho es la libertad como idea”,²¹² “la universalidad de esa libre voluntad para sí... consciente de sí, es el sujeto como *persona*”, de forma que “la *personalidad* sólo tiene comienzo... en cuanto el sujeto... tiene autoconciencia de sí como Yo completamente abstracto y en el cual toda limitación y validez concreta se niega y no tiene valor”.²¹³ Para el padre de la dialéctica moderna, la esencia de la personalidad se encuentra precisamente en la libre voluntad, “la persona, para ser como Idea, debe darse una esfera externa de libertad”.²¹⁴ Esta esfera externa de libertad no es otra cosa sino la propiedad, primera modalidad de la existencia de la persona; “propiedad, como existencia de la personalidad”.²¹⁵ La conclusión del razonamiento hegeliano es directa: la autonomía de la voluntad puede ser reconocida por el sistema legal, pero de ninguna manera puede pensarse que la crea, simplemente la garantiza. La libertad, al ser reconocida porque existe previamente, no puede ser tampoco destruida.

La distinción entre poderes de autonomía privada y de autoridad pública es sutil; la diferencia tiene sentido cuando pensamos en la existencia de ciertos poderes que no se ejecutan de manera voluntaria, sino como una obligación. Un ejemplo es el poder y deber de un juez establecido en algunos sistemas legales, por no dejar de juzgar un caso que se le presente (*non liquet*). El poder que se ejerce como un deber se denominará *DP-law*.

Más útil a nuestros fines es distinguir entre poderes regulativos y legislativos. La distinción es fundamental para la teoría de los contratos. ¿Tiene la misma naturaleza el poder del policía que ejecuta una orden de aprehensión que el poder del Congreso que dicta una ley?

²¹¹ Hegel, G. W. F, *op. cit.*, nota 154, p. 4.

²¹² *Ibidem*, p. 29.

²¹³ *Ibidem*, p. 35.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 41.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 51.

Poder regulativo vs. Poder Legislativo

El ejercicio del poder regulativo, denominado *PR-law*, genera una situación jurídica. Por su parte, el Poder Legislativo *PL-law*, produce con su ejercicio otra provisión jurídica. Analicemos primero los poderes regulativos.

Toda situación legal por simple que parezca implica la participación de diversas disposiciones jurídicas. Pensemos, por ejemplo, en una persona que quiere vender su automóvil. En este caso, *C* es la condición de propietario, *P* el poder del propietario de vender (*ius abutendi*). Obviamente una persona no puede vender un automóvil que no sea suyo, así que *C* es la situación legal presupuesta para que una persona pueda ejercer *P* (en este caso la situación de ser propietario sobre cierto bien en particular). La situación *C*, el ser propietario de un auto, debe distinguirse del llamado “derecho a la propiedad”, que tienen inclusive quienes no poseen auto.

La situación *C*, la condición de propietario sobre el automóvil, nace de la aplicación de diferentes *D-law*²¹⁶ (en este caso todas aquellas que generan el llamado derecho de propiedad). Así, la disposición legal que confiere el poder *P* depende, para tener efectos legales, de la aplicación del resto de las disposiciones jurídicas *D-law* que crean el estatus de propietario *C*. En este caso la disposición *P* guarda una “relación regulativa”²¹⁷ respecto a dichas *D-law*, ya que utilizando *P* se pueden conferir poderes o imponer deberes a otras personas.

Una *PR-law* es una norma, ya que guía el comportamiento del hombre, al estipular consecuencias para ciertos actos. Normalmente las *PR-law* son complejas, ya que regulan la aplicación de más de una *D-law* o pueden regular otras *PR-law*.

Las *PR-law* se caracterizan porque la consecuencia legal de un actuar está prescrita por otra(s) disposición(es) que debe(n) coexistir con la *PR-law* para que la última tenga algún efecto legal. Así, las *D-laws* que crean obligaciones y pretensiones denominadas en su conjunto “derecho de propiedad”, mismas que se pasan de una persona a otra cuando la propiedad se transfiere, existe antes de la transferencia de la propiedad, y solamente debido a su existencia previa, la *PR-law* que confiere el poder de transferir la propiedad. Otros ejemplos de *PR-law*

²¹⁶ Las *D-Law* son disposiciones jurídicas que implican discurso directivo obligatorio. Pueden ser prescripciones o prohibiciones. García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 110 y ss.

²¹⁷ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 162.

son el poder de casar gente, o nombrar al director de una compañía por los accionistas.²¹⁸

Analicemos ahora la *P-law* que confiere poderes legislativos (*PL-law*), es decir, poderes para crear otras disposiciones jurídicas. Tanto la *PR-law* como la *PL-law* confieren poderes, ambas son una especie de las *P-law*. La *PL-law* se caracteriza por que la consecuencia legal del actuar está prescrito por otra disposición legal, pero al contrario de la *PR-law*, esta otra norma no existe, sino que es creada al aplicar la *PL-law*.

Un ejemplo de la aplicación de una *PL-law* se da en la siguiente situación. Las obligaciones de los contratantes nacen del contrato mismo. Los compromisos derivan de la norma contractual que surge al aplicar la disposición jurídica que confiere facultades para crear normas contractuales, de aplicar la *PL-law*. La relación entre una *PL-law* y la norma creada mediante su aplicación, en este caso la norma que regula y autoriza la celebración de contratos y la norma contractual misma se denomina relación genética.²¹⁹

El fenómeno de la norma particular que nace del ejercicio de la *PL-law* ha sido ampliamente discutido por la teoría jurídica y tiene que ver con la distinción entre aplicación y creación del derecho, entre norma jurídica que se aplica y obligación jurídica creada, entre ley y acto jurídico.²²⁰ Al respecto, Kelsen apuntó que “la teoría tradicional sólo toma en consideración normas jurídicas generales, ignorando la existencia de las individuales, y se pasa por alto la identidad de norma jurídica y obligación jurídica, considerando la obligación jurídica como un objeto distinto de la norma jurídica”.²²¹

²¹⁸ *Ibidem*, pp. 163 y 183.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 164.

²²⁰ La teoría civilista francesa distingue dentro de los hechos jurídicos en sentido general a: 1. Hechos jurídicos en sentido especial, que comprenden: I) eventos puramente físicos y ajenos a la voluntad de los hombres que generan consecuencias de derecho, tales como el nacimiento, y II) eventos generados por el hombre de forma más o menos voluntaria, pero sin el deseo de colocarlos bajo el imperio del derecho, como los delitos. 2. Actos jurídicos, que se definen como la “manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir una situación jurídica general y permanente o, por el contrario un efecto de derecho limitado, que conduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho”, el ejemplo típico de un acto jurídico es el contrato. *Cfr.* Bonnetcase, Julien, *Introduction à l'étude du droit*, París, Recueil Sirey, 1931, pp. 104 y 105.

²²¹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, p. 140.

Para Kelsen, la distinción entre aplicación y creación del derecho, entre ley y acto jurídico no ha sido más que fuente de confusión en la teoría jurídica y debe ser descartada. Desde nuestro punto de vista, la confusión creada no es motivo suficiente para descartar la distinción entre ley y acto jurídico, pues bien entendida puede ser de utilidad. La razón básica de la confusión es el postulado de que la aplicación del derecho no genera una norma, sino que simplemente la aplica. Esta aseveración se sustenta en la idea infundada de que en un sistema legal solamente el soberano puede crear derecho.

Si las disposiciones legales de un sistema jurídico se dividen en dos grupos: de primer y segundo tipo, de forma que las del primero sean aquellas que permitan a los seres humanos hacer o abstenerse de ciertas conductas, y las de segundo tipo refieran a las disposiciones que permiten, haciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del primer tipo, extinguirlas o modificarlas,²²² de acuerdo con el principio de que el derecho regula su propia creación,²²³ se puede siempre decir que la disposición secundaria que regula la creación de una primaria es “aplicada” en el acto de creación de esta última, y, por tanto, toda creación de derecho es siempre una aplicación del mismo.

Es conveniente mantener la distinción entre aplicación y creación del derecho. Por un lado, es cierta la observación de Kelsen en el sentido de que la disposición jurídica secundaria que regula la creación de una primaria es aplicada; no obstante, Hart sugiere que dicha disposición secundaria debe distinguirse de la primaria. No debemos confundir entre la disposición jurídica aplicada y la disposición jurídica creada al aplicar la primera.

La disposición secundaria puede ser vista como un supuesto con existencia independiente de que se hayan verificado en los hechos las propiedades que reclama para operar. La diferencia entre la disposición secundaria y la disposición primaria, creada por la aplicación de la secundaria, es que la disposición secundaria opera como supuesto jurídico de la primaria; la disposición primaria es la actualización de dicho supuesto. El supuesto jurídico es el sustrato que da nacimiento a la obligación creada. Es la facultad potencial que la disposición jurídica encierra; la obligación, la facultad actualizada.²²⁴

222 Las normas del primer tipo imponen deberes, las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 203, p. 99.

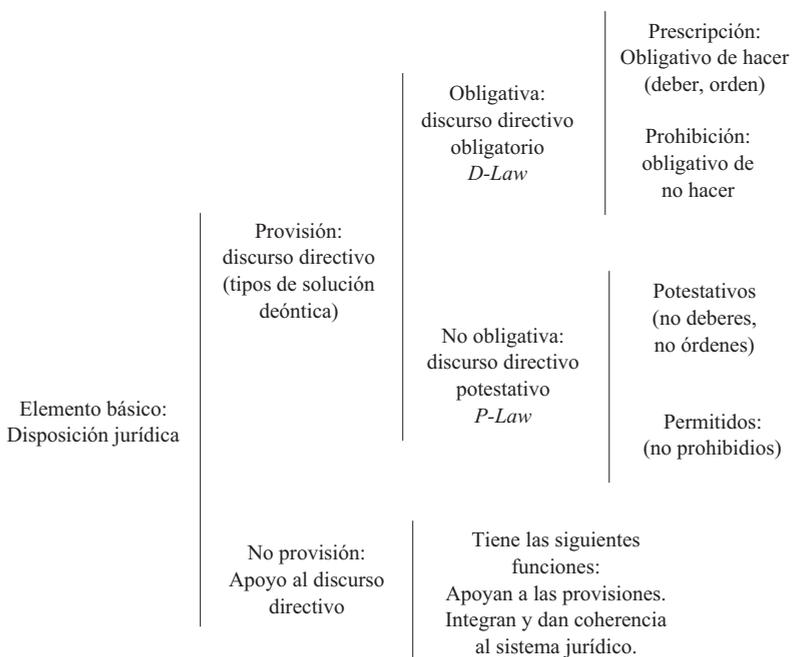
223 Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 123, p. 146.

224 Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 208, p. 20.

En resumen, debe distinguirse entre: *a)* las *D-law* que crean el llamado “derecho de propiedad”; *b)* la *D-law* llamada norma contractual y que nace del ejercicio de una *PL-law*, la norma que permite celebrar contratos; *c)* la *PR-law* que otorga el poder de transferir la propiedad sobre cierto bien en particular y que depende para tener efecto legal de las *D-laws* que crean el derecho de propiedad, y *d)* la *PL-law* que otorga el poder de celebrar contratos.

Hart no distinguió entre *PL-law* y *PR-law* y por ello sostiene que “los actos de celebrar un contrato, o de transferir una propiedad... [pueden ser concebidos]... como el ejercicio por parte de los individuos de potestades legislativas limitadas”.²²⁵ Al respecto, Raz observa que solamente los poderes de celebración de contratos pueden ser considerados como poderes legislativos, mientras que los poderes de transferir la propiedad deben ser considerados poderes regulativos.²²⁶

ELEMENTOS DE UN SISTEMA LEGAL



²²⁵ Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 203, p. 120.

²²⁶ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 165.

IV. LA PERTENENCIA DE UNA DISPOSICIÓN LEGAL A UN SISTEMA JURÍDICO PARTICULAR

Analizar las propiedades que determinan si una disposición jurídica x pertenece a un sistema legal S , es discutir la estructura del sistema jurídico S en cuanto a la membresía o los criterios de pertenencia. No se trata de estudiar una propiedad ontológica de la disposición jurídica x , sino una propiedad relacional de la disposición legal x con el sistema legal S . Por otro lado, hemos visto que la determinación de qué disposiciones jurídicas son elementos de un sistema legal y cuáles no lo son es el problema de la identidad de los sistemas legales,²²⁷ identificar una disposición legal significa determinar si pertenece a un determinado sistema jurídico. Establecer si cierta disposición jurídica x , el contrato de Estado internacional, forma parte o no de un sistema jurídico S , es decir si $x \in S$, implica fijar la extensión o alcance de dicho sistema jurídico,²²⁸ reconocer sus límites.

Hemos señalado que tradicionalmente la teoría jurídica ha buscado definir los límites de un sistema legal, sus criterios de membresía, únicamente con herramientas de la teoría jurídica. Vimos también que el análisis de la relación entre el sistema jurídico y su entorno es, tradicionalmente, un análisis excluyente: el sistema legal *vs.* el resto del universo. Desde esta perspectiva, el resto del universo, todo aquello que no pertenece a S , es un elemento extrajurídico. El *quid* del asunto está en definir ese punto que separa lo que pertenece a ese sistema jurídico en particular del resto y ahí, en la definición de los límites, en los criterios de membresía, entran necesariamente consideraciones no jurídicas.

En este punto retomamos dichas conclusiones y reconsideramos el problema de pertenencia señalando que los sistemas jurídicos establecen dos tipos de condiciones para que surjan nuevas disposiciones jurídicas a su interior: materiales y formales. Las condiciones materiales definen el alcance de las nuevas disposiciones jurídicas. Las condiciones formales definen el procedimiento para que una disposición jurídica se considere parte de un sistema legal, incluyendo la identificación del órgano encargado.

²²⁷ *Ibidem*, p. 1.

²²⁸ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 76, pp. 81 y 187.

Debido a la interconexión entre las disposiciones de un sistema legal, en la operación que hace que una disposición legal pase a formar parte²²⁹ de un sistema jurídico no participa un sólo órgano, sino que se da un complicado sistema donde confluyen diversos órganos participantes. Así, por ejemplo, el creador (las personas que crean la voluntad contractual) actúa bajo los límites de las disposiciones legales que le dan competencia y al mismo tiempo completa otras disposiciones jurídicas que fueron creadas por otros participantes (el Congreso).

En principio podría distinguirse la “existencia” de una disposición jurídica x , de su “pertenencia” o “membresía” (\in) a un sistema jurídico S . No obstante, todo elemento existe en, para y dentro de un sistema, es decir, un elemento x no puede ser si no se relaciona con el sistema al que pertenece, por lo que no tiene caso hablar de disposiciones jurídicas autocontenidas, aisladas de un sistema legal. Como señala Caracciolo, el análisis del derecho tiene que ser básicamente de carácter holístico,²³⁰ versa sobre conjuntos de normas y no sobre normas aisladas. No existen elementos ontológicamente determinados. “En la realidad las normas jurídicas no existen nunca solas, sino siempre en un contexto de normas, que tienen entre sí relaciones particulares”,²³¹ toda norma pertenece a un sistema jurídico de base, *grundlegung*.

Toda disposición legal existe en relación con un sistema legal; es decir, como miembro del mismo. El que una disposición jurídica x “perezca” a un determinado sistema jurídico S , $x \in S$, significa que “existe” para ese sistema legal S y, desde su punto de vista, si dicha disposición jurídica no existe como su elemento, entonces la disposición jurídica x es tratada como un hecho y no como derecho. “La juridicidad de una norma se determina no a través de su contenido (y ni siquiera de la forma o el fin), sino, simplemente, de su pertenencia al ordenamiento”.²³²

²²⁹ Es muy importante considerar que membresía no es igual a creación, existen otras formas de que una disposición legal pase a ser miembro de un sistema legal además de la creación.

²³⁰ Caracciolo, Ricardo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, p. 12.

²³¹ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, 2a. ed., trad. de Jorge Guerrero, Bogotá, Temis, 2002, p. 141.

²³² *Ibidem*, p. 176.

¿Cuáles son los criterios que nos ayudan a identificar cuándo una disposición jurídica x pertenece (existe como miembro) a un sistema legal S ? La teoría tradicional sostiene la existencia de dos criterios: el genético, o de las llamadas fuentes de derecho, y el deductivo, es decir, se considera que una norma es miembro de un sistema legal si puede deducirse lógicamente de las ya establecidas.

1. *Criterio genético: fuentes del derecho*

Austin señalaba que:

Cada ley positiva, o cada ley simple, estrictamente hablando, es fijada, directa o indirectamente, por una persona o cuerpo soberano, al miembro o miembros de una sociedad política independiente donde esa persona o cuerpo es soberano o supremo. O, dicho de otra manera, es fijada, directa o indirectamente, por un monarca o número soberano, a una persona o personas en un estado de sujeción a su autor.²³³

Desde este punto de vista, incrustada en el sistema jurídico estatal, la forma de saber si una disposición jurídica forma parte de un sistema legal es investigar quién es el soberano y luego ver si el mismo ha emitido o no dicha disposición. La manera clásica de determinar la membresía de una disposición jurídica a un sistema legal ha sido a través del estudio de las llamadas fuentes del derecho.

Se supone que una disposición jurídica x pertenece a un sistema legal S si: *a)* ha sido creada por los órganos competentes de dicho sistema jurídico, y *b)* en su creación se han seguido los procedimientos establecidos por dicho sistema legal para tal efecto. Esta forma de fijar los alcances de un sistema legal se corresponde con lo que Raz denomina el principio de origen, de acuerdo con el cual la membresía de las disposiciones jurídicas a un sistema legal y la identidad del sistema mismo están completamente determinadas por el origen de las disposiciones jurídicas.²³⁴ Denominado en este trabajo también como criterio genético.

Las siguientes observaciones pueden ser hechas a la teoría de las fuentes del derecho:

²³³ Austin, John, *op. cit.*, nota 104, pp. 253 y 254.

²³⁴ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 18.

- a) No todo sistema jurídico tiene un órgano especializado (soberano) en emitir disposiciones jurídicas para que el resto de la comunidad las cumpla. El sistema legal internacional, por ejemplo, es un “sistema legal horizontal, carente de autoridad suprema, de la centralización del uso de la fuerza, y de aquella diferenciación de tres funciones básicas, elaboración del derecho, determinación del mismo, y cumplimiento de la ley, típicamente encargadas a los órganos centrales... [estatales]”.²³⁵
- b) Para que exista derecho no se requiere de un gobernante que lo genere. Si bien el derecho es un fenómeno generado por el hombre, no todo fenómeno humano es previamente diseñado, sino que puede ser generado de manera espontánea. La postura que sostiene que el derecho sólo puede ser creado previo diseño del soberano se cimienta en el matrimonio entre el fenómeno jurídico y la idea de autoridad y poder.²³⁶ El vínculo poder político-derecho ha sido causa fundamental de que la mayoría de los positivistas sostengan que el fenómeno jurídico no es posible fuera de la volición y el diseño humano; es decir, el único derecho posible es el producido de forma deliberada por el gobernante; pensar en derecho creado por los gobernados, generado de manera “espontánea”, aparece como imposible y obviamente es atentatorio de la vinculación poder político-derecho.

La visión desde arriba, desde el poder, del mundo jurídico tiene mucho sentido en la lógica del Estado nacional. Sin embargo, debe reconocerse que el fenómeno estatal es muy reciente y quizá efímero. Sin negar la importancia del poder para el derecho, sin negar que el fenómeno jurídico es muchas veces pensado, reflexionado y diseñado por los legisladores antes de crearse, cabe la posibilidad de que el fenómeno jurídico nazca desde abajo, desde quienes deben obedecerlo, es decir, fuera del poder político.

²³⁵ Malanczuk, P., *Akenhurst's Modern Introduction to International Law*, 7a. ed., Nueva York, Routledge, 1997, p. 3.

²³⁶ “... es un pérfido aquel, que siendo súbdito, no quiere acatar al que tiene el poder... Ten bien sabido que donde se tolera la petulante soberbia y se deja que cada uno haga su antojo, por próspera que sea, aunque le soplen vientos propicios, lentamente se habrá de hundir la nave de esa ciudad”, *cfr.* Sófocles, “Ayax”, *Las siete tragedias*, México, Porrúa, 1988, p. 25 (cuadro segundo).

Nada impide pensar en una norma legal que emerge del comportamiento del hombre, pero que ningún diseñador humano la ha pensado previamente. El derecho consuetudinario parece representar tales tipos de normas. Una teoría del derecho consuetudinario alejada del clásico “reconocimiento del gobernante” es necesaria para delinear mejor los límites y relaciones entre el derecho y el poder político. Las explicaciones de orden espontáneo de los fenómenos sociales han tratado de aclarar cómo ciertos eventos sociales, tales como las reglas de trato social, tradiciones, costumbres, lenguajes, el dinero, los mercados y el derecho²³⁷ pueden ser el resultado de la acción humana, mas no del diseño humano. Esta noción se atribuye a las figuras del iluminismo escocés del siglo XVIII, David Hume,²³⁸ Adam Smith²³⁹ y Adam Ferguson.²⁴⁰

Directamente relacionada con la idea del derecho espontáneo encontramos la distinción entre centralismo y pluralismo legal. El centralismo legal está vinculado con el positivismo que considera a la norma legal *ex ante*, en la mente del gobernante. El centralismo legal sostiene que el derecho de una sociedad es un sistema unificado por el poder.²⁴¹ La *grundnorm* kelseniana, por ejemplo, busca cumplir esta función unificadora del sistema legal. Cada norma contraria a la norma fundamental no puede ser considerada válida y, por lo tanto, no pertenece al sistema jurídico de mérito.²⁴² Esta visión implica necesariamente un cierto concepto de poder detrás del derecho.²⁴³

En ocasiones se utiliza una pirámide para describir el criterio genético de un sistema legal. El problema de la pirámide es que la relación genética sugiere la creación de disposiciones jurídicas generales a particulares. La relación genética entre disposiciones jurídicas genera-

237 Hayek, Friedrich A., *The Political Ideal of the Rule of Law*, El Cairo, National Bank of Egypt, Fiftieth Anniversary Commemoration Lectures, 1955, p. 30.

238 Hume, David, *Essays, Moral, Political and Literary (1777)*, en Miller, Eugene F. (ed.), Indianapolis, Liberty Press, 1987.

239 Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (1776)*, Nueva York, Random House, 1937.

240 Ferguson, A., *An Essay on the History of Civil Society (1767)*, en Duncan, Forbes (ed.), Edinburgh, University Press, 1966.

241 Austin, John, *op. cit.*, nota 104, pp. 9-33.

242 Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 105, p. 163.

243 Mackaay, E., *op. cit.*, nota 106, pp. 9-33.

doras y derivadas puede representarse también mediante un diagrama de árbol.²⁴⁴

El diagrama de árbol tiene dos ventajas sobre la pirámide: por un lado, está libre de la implicación de que una disposición jurídica generadora particular no pueda autorizar la creación de disposición jurídica general;²⁴⁵ en segundo lugar, el diagrama de árbol no requiere una *grundnorm*.²⁴⁶

Por otro lado, Nino ha demostrado que el criterio genético no puede describirse simplemente como una relación entre dos disposiciones jurídicas, una creadora y otra derivada, en realidad, sostiene, intervienen en el proceso otras disposiciones jurídicas diferentes a la creadora y la derivada.²⁴⁷ Así, entre dos disposiciones jurídicas x y y , donde x es una disposición que autoriza la emisión de y , $x =$ el órgano A está autorizado a emitir la disposición jurídica y ; mientras que $y =$ al que cometa el delito de homicidio será penado con 50 años de prisión, se requieren además dos normas que otorguen validez normativa, las normas $v(x)$, y $v(y)$, donde $v(x) = x$ es válido; y donde $v(y) = y$ es válido. De forma que $v(x)$ y $v(y)$ prescriben, ordenan, establecen, que lo que está estipulado por x y y debe ser obedecido, es obligatorio. En general estas disposiciones jurídicas $v(x)$ y $v(y)$ se obvian porque se supone que el sistema jurídico como un todo es obligatorio, de forma que simplemente existe una norma general $v(S) =$ el sistema legal S es obligatorio, pero es importante señalar su existencia para efectos del análisis.

Un último comentario es que no toda disposición jurídica que *pertenece* a un sistema legal tuvo necesariamente que haber sido *emitida*.²⁴⁸

2. Criterio deductivo

Bulygin señala que la pertenencia de una disposición jurídica a un sistema legal se basa en tres tipos de relaciones: de implicación (llamado por nosotros criterio deductivo), cuando una disposición jurídica es consecuencia lógica de otra; de legalidad (genético en nuestro lenguaje),

²⁴⁴ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 97.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 99.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 104.

²⁴⁷ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 149, pp. 257 y 258.

²⁴⁸ Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, "The Reception of Norms and Open Legal Systems", en Paulson, Stanley (ed.), *Normativity and Norms...*, *cit.*, nota 149, p. 276.

cuando una disposición jurídica fue creada por una autoridad competente, y de independencia (criterio de introducción), cuando se toma como dada por el sistema legal.²⁴⁹ Hemos visto que la implicación lógica normativa de las disposiciones legales entre sí es bastante cuestionable²⁵⁰ en virtud de que las mismas pertenecen al mundo del deber ser, lo que significa que los principios de lógica no les aplica. La relación genética es relevante, ya que, normalmente, el derecho autoriza su propia creación, pero en el *regressus ad infinitum* kelseniano, la primera constitución necesariamente requiere de disposiciones jurídicas independientes originarias para que el sistema legal cobre vida. Para pasar a una serie temporal dicha constitución debe contener al menos una norma de competencia que faculte a un órgano del sistema legal a introducir nuevas disposiciones jurídicas al sistema, ya promulgándolas, ya aplicándolas, y, eventualmente, a señalar cuáles no son aplicables.²⁵¹

3. Un tercer criterio, incorporación

A. La propuesta de Ross

Desde nuestro punto de vista, la teoría de las fuentes del derecho y el criterio deductivo son insatisfactorios para agotar los criterios de membresía de las disposiciones legales a un sistema jurídico. ¿De qué otra manera determinamos si una disposición jurídica en particular es parte o no de un sistema legal?

Comencemos con la siguiente pregunta: ¿a quién están dirigidas las disposiciones jurídicas que norman la conducta humana, es decir, las provisiones? Como hemos sugerido, las provisiones están dirigidas a los órganos del sistema legal que las aplica o debe seguirlas.²⁵²

Discutamos un poco nuestro punto. Ross ha sostenido que para identificar una disposición jurídica *x* como parte de un sistema legal *S*, debemos ver a la institución que la aplica al resolver una controversia.²⁵³

²⁴⁹ Bulygin, Eugenio, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1991, pp. 261-265.

²⁵⁰ García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 5 y ss.

²⁵¹ Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, nota 249, p. 263.

²⁵² García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 167 y ss.

²⁵³ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 205, p. 33.

La aseveración de Ross casa dos conceptos: membresía a un sistema jurídico = aplicación de una disposición jurídica por un órgano del sistema jurídico. No obstante lo anterior, debemos a Raz la distinción entre membresía y aplicación (membresía \neq aplicación); de esta forma, se ha dicho que no existe conexión necesaria entre la aplicabilidad de una disposición legal y su membresía a un sistema jurídico, ya que por un lado una disposición legal que (se considera) no pertenece a un sistema jurídico es aplicable en el mismo por virtud de las reglas de derecho internacional privado; por otro lado, una disposición legal que (se considera) sí pertenece a un sistema legal puede resultar inaplicable por virtud de, por ejemplo, suspensión de garantías, o *vacatio legis*.²⁵⁴

De esta forma, Bulygin sostiene que además del conjunto de disposiciones jurídicas que pertenecen al sistema legal S en el momento t , pueden ser aplicables en el momento t disposiciones jurídicas de S en $t-i$, así como de otros sistema jurídicos que tienen vida en t y en $t-i$. El autor citado distingue entre criterios de aplicabilidad y criterios de pertenencia, y entre el tiempo externo e interno de las disposiciones jurídicas. El externo es función de la pertenencia, y el interno función de la aplicabilidad, de forma que ambos tiempos no necesariamente coinciden.²⁵⁵

Podemos encontrar muchos ejemplos de cuando una disposición jurídica en particular no es aplicable a un caso concreto y sin embargo pertenece a un sistema jurídico; en dicho caso se entiende que la disposición jurídica es muy compleja como para tener una aplicación uniforme. Así, por ejemplo, cuando un juez ordena a una persona no salir de determinada circunscripción no implica la derogación del derecho de tránsito, sino la aplicación de una excepción al mismo. La aseveración de que una disposición jurídica x que pertenece a un sistema S , y que sin embargo se aplica solamente en ciertos casos no genera mayores problemas.

Por otro lado, generalmente se supone que los jueces al resolver un caso aplican disposiciones jurídicas pertenecientes a distintos sistemas jurídicos; es decir, algunas disposiciones legales ya derogadas, o bien de otros países.²⁵⁶ Esta aseveración sin duda descansa en la distinción entre

254 Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, *op. cit.*, nota 248, p. 286

255 Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, nota 249, pp. 267 y ss.

256 Así, por ejemplo, el artículo 14 del Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos establece en su fracción I que el manejo del derecho extranjero se "aplicará

pertenencia y aplicabilidad y en la presunción de que el juez no determina qué disposiciones jurídicas pertenecen a un sistema legal, sino a qué disposiciones se aplican, aunque no pertenezcan a dicho sistema. Así, Bulygin sostiene, sin empacho, que:

como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho". De manera similar, la fracción I, del artículo 13, del citado ordenamiento, señala que "las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas". Al respecto se ha establecido la siguiente tesis: DERECHO EXTRANJERO. LA VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO QUE SURTIRÁ EFECTOS EN MÉXICO, DEBE ANALIZARSE CONFORME A LA LEY DEL LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL ACTO. Al establecer el artículo 13, fracción I, del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal que las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho deberán ser reconocidas, si determinan como presupuesto esencial para ser reconocidas y consecuentemente para que surtan sus efectos en esta ciudad o el país cuando así se establezca en el acto jurídico respectivo, conforme a lo previsto por la fracción V de dicho ordenamiento legal, que el acto jurídico sea válido conforme a las leyes del lugar en que se emitió, lo que implica la aplicación del derecho extranjero para analizar precisamente si fue válidamente creado, lo que es acorde con el principio jurídico de que el lugar rige el acto. Ello, porque la referida fracción V establece en forma expresa la salvedad de lo prevenido en las demás fracciones del precepto en cita, dentro de la que se encuentra la condición que contempla la fracción I del referido artículo, consistente en que el acto de que se trate se haya celebrado válidamente en el Estado extranjero, conforme a su derecho, puesto que esas dos fracciones, I y V, no deben interpretarse de forma aislada, sino de manera conjunta y armónica, porque las disposiciones legales o se complementan o se excluyen. La fracción I, del artículo 13, del Código Civil Federal, establece la regla de aplicación de la ley del lugar en que surta efectos el acto celebrado en el extranjero, pero también previene que el acto deba ser válido conforme a la ley del lugar en que se celebró, y esto es acorde con el principio de orden público que debe ser observado por el órgano jurisdiccional, tanto respecto de su derecho interno como del derecho extranjero. Por tanto, ante una controversia, el órgano jurisdiccional en que se cuestiona precisamente la validez del acto, tiene que hacer tal verificación no conforme a su derecho nacional exclusivamente, sino que debe atender a las leyes del lugar de la celebración del acto. En este supuesto cobra plena aplicación el principio de que el acto se rige por la ley del lugar en que se celebró, y se trata de un caso de excepción a la regla general de que una sola relación jurídica no puede regirse al mismo tiempo por dos sistemas jurídicos diversos, porque por una parte debe atenderse a la ley del lugar en que va a surtir sus efectos y, desde luego, por una cuestión de orden lógico esencial, primero debe determinarse si es válido, para posteriormente analizar sus efectos. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 10523/2000. Víctor Vasarhelyi, alias Vasarely, hoy sus herederos Andre, Vasarhelyi y

La constitucionalidad de una ley no depende de que lo diga el Tribunal Constitucional. Si el Tribunal dice (erróneamente) que la ley es constitucional, la ley será aplicable, aunque no sea válida en el sistema. Una norma pertenece a un sistema o es válida en él, si, y sólo si, ha sido creada por la autoridad competente y no cuando alguien diga que ha sido creada por la autoridad competente.²⁵⁷

Esta aseveración de Bulygin parece contradecir el caso donde los precedentes son vinculativos; en Estados Unidos, por ejemplo, es más fácil enmendar la Constitución que tirar un precedente de la Suprema Corte.²⁵⁸

Efectivamente, un tribunal puede equivocarse, y generalmente en un litigio al menos una de las partes así lo piensa, pero si la determinación es final y autoritativa cuesta trabajo pensar que una disposición aplicable no pueda ser considerada como parte del sistema jurídico que la aplica. Parece que en la teoría tradicional romana se piensa en un sistema legal con vida independiente de lo que hagan los jueces, como en un mundo platónico alejado del mundo real. Tradicionalmente, la teoría normativa sostiene que las disposiciones jurídicas son creadas por los órganos legislativos y los jueces simplemente las encuentran; es decir, las disposiciones legales existen con independencia de las actitudes interpretativas y de la práctica judicial. Las disposiciones jurídicas preceden su interpretación, existencia precede la actividad interpretativa.²⁵⁹ Esta posición debe

Jean Pierre Vasarhelyi, alias Yvaral. 12 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José, Álvaro Vargas Ornelas. Tesis I.3o.C.262, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, octubre de 2001, p. 1113.

²⁵⁷ Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, nota 249, pp. 267 y ss.

²⁵⁸ *Chisholm vs. State of Georgia* (2 Dallas, 419) 1793, y posterior enmienda XI a la Constitución de 1798. En efecto, *stare decisis* y prestigio de los jueces han hecho que el efecto de la *judicial review* (que sólo declara una regla de derecho aplicable o no a un caso concreto) sea trascendente a la política práctica y a las relaciones entre los órganos gubernamentales. Por ello se ha dicho que “lo que cuenta (en este efecto de política práctica) es la espera general de que la doctrina anunciada por la Corte será seguida por los órganos de gobierno en otras situaciones similares. Este *Symbol-making* contiene la profunda realidad política de la *judicial review*, por ello, parte de la historia de la *judicial review* es el comportamiento de los otros órganos de gobierno, más que de la Corte” (*cf.* Willard, Hurst, “Review and the Distribution of National Powers”, en Cahn, Edmond (comp.), *Supreme Court and Supreme Law*, Indiana University Press, 1954, p. 143).

²⁵⁹ Guastini, Ricardo, “Normativism or the Normative Theory of Legal Science”, en Paulson, Stanley (ed.), *Normativity and Norms... cit.*, nota 149, p. 318.

ser cuestionada; sin embargo, para no caer en el extremo del realismo jurídico resulta necesario distinguir entre decisiones autoritativas y decisiones infalibles, que para efectos es una distinción similar a la que se hace entre dos disposiciones jurídicas con contenido contradictorio emitidas por el legislador, ambas pertenecientes al sistema jurídico, pero donde quizá una contradice además al mismo sistema legal. Al final es una decisión entre aceptar solamente criterio genético o además el criterio de incorporación para la membresía de las disposiciones jurídicas al sistema legal. Kelsen aceptaba ambas, “la regla que obliga a los tribunales de un Estado a aplicar, en determinados casos, normas de un derecho extranjero, produce el efecto de incorporar esas normas al derecho nacional”.²⁶⁰

Si estamos de acuerdo con que el derecho es normativo, es decir, busca que la conducta de los hombres se acople a una idealidad establecida por las disposiciones jurídicas que aplica, nos resulta extraño que un sistema legal *S* sancione una disposición jurídica *x*, exija al ser humano se comporte como lo prevé la misma, y, sin embargo, no pueda reconocerla como parte de su normatividad, como parte de sí mismo.

El derecho conflictual, el llamado derecho internacional privado, ha tenido siempre clara la aplicación de normas en un sistema legal *S* pertenecientes a otros sistemas jurídicos. De esta forma, Niboyet explicaba que:

Los conflictos de leyes nacen de las diferencias entre las legislaciones... [y agregaba que]... si se empieza por afirmar que jamás se aplicará en un país una ley extranjera, ningún conflicto de leyes puede surgir... [concluyendo más adelante que]... ninguna relación de derecho privado podría existir en la sociedad si los derechos adquiridos en un país no fuesen respetados en los demás.²⁶¹

Con una idea similar en mente se ha sostenido que la órbita del derecho conflictual es la del tráfico jurídico externo que rechaza interpretaciones que solamente incluyan nociones coincidentes con el tráfico jurídico interno.²⁶²

²⁶⁰ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 123, pp. 289 y 290.

²⁶¹ Niboyet, J. P., *op. cit.*, nota 4, pp. 5, 6 y 261.

²⁶² Pérez Vera, Elisa y Guzmán Zapater, Mónica, “Las obligaciones contractuales”, en Pérez Vera, Elisa (coord.), *Derecho internacional privado vol. II. Derecho civil internacional*, 3a. ed., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1991, p. 270.

Si bien es importante distinguir teóricamente entre membresía y aplicación de una disposición jurídica en un sistema legal *S*, no debe descuidarse la relación que existe entre ambas. Así, para que una norma *y*, ajena al sistema legal *S* sea aplicable en el mismo, se requiere de una norma *x* perteneciente a dicho sistema legal *S* que establezca la forma en como la norma *y* debe ser aplicada.²⁶³ Nuestro estudio de la relación entre membresía y aplicación retoma dicha aseveración, pero va más lejos. Contrario a lo que sostiene la mayoría de la doctrina, sostenemos que la membresía de una disposición legal *y* en un sistema legal *S* es una condición necesaria para la aplicación de dicha disposición jurídica en el sistema legal *S*, no al revés. La aplicación implica membresía, pero membresía no implica aplicación.

Hart señalaba que:

Cuando tenemos disposiciones legales que implícita o explícitamente hacen referencia a otras disposiciones legales, existencia o validez, no podemos determinar solamente de estas relaciones si pertenecen al mismo o a diferentes sistemas legales. Esto depende de los hechos concernientes a la creación y reconocimiento de disposiciones jurídicas. La teoría pura del derecho es muy pura como para atender tales hechos.²⁶⁴

Y más adelante agrega que “el reconocimiento hecho por las agencias identificadoras y procuradoras de derecho, efectivas en un territorio dado, es de crucial importancia para determinar el sistema al cual las normas pertenecen”.²⁶⁵ Estas citas nos llevan a las siguientes dos reflexiones: *a*) por un lado, el que una disposición legal pertenezca a un sistema jurídico o a otro se debe resolver no solamente con base en herramientas jurídicas, y *b*) cuando el sistema legal y otras herramientas no legales determinan si una disposición jurídica pertenece a dicho sistema legal o no, esa determinación no significa unicidad de solución. Existe posibilidad de cambio.

El lenguaje utilizado por Raz es interesante, disposiciones jurídicas “extrañas” al sistema legal que son “adoptadas” (aplicar = adoptar para Raz) sin llegar a ser parte del mismo. Esto me recuerda al señor que

²⁶³ Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, *op. cit.*, nota 248, p. 285.

²⁶⁴ Hart, H. L. A., “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law (1968)”, en Paulson, Stanley (ed.), *Normativity and Norms...*, *cit.*, nota 149, p. 557.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 576.

adoptó un niño que en realidad nunca fue querido como su hijo por no ser de su sangre. Este razonamiento es producto de prejuicios sociales, en este caso del prejuicio soberano.

Los criterios de identificación que siguen los órganos del sistema legal para aplicar o no una disposición jurídica resultan relevantes en la discusión de la membresía de las disposiciones legales a un sistema legal *S*. Desde nuestro punto de vista, la identificación de una disposición legal al aplicarla implica membresía de la misma al sistema legal. Si un órgano del sistema jurídico autorizado para dirimir controversias, al realizar su función identifica autoritativamente las disposiciones del sistema legal que resultan aplicables al caso concreto, resulta difícil, desde nuestro punto de vista, sostener que la disposición que se aplica no forme parte del sistema legal, no cumpla la función normativa que se pretende tiene el derecho. De esta forma, Ross²⁶⁶ sostiene que para identificar una disposición jurídica debemos ver a la institución que la aplica al resolver una controversia; no obstante, dicha aseveración aunque cierta es parcial.

Sostener que la identificación de una disposición como miembro de un sistema legal sólo la realiza el órgano del sistema que resuelve controversias se basa en dos supuestos muy estrictos: *a*) una presunción, establecida desde Santo Tomas,²⁶⁷ de que el derecho no se aplica a los justos porque su voluntad está en armonía con la ley, y *b*) la idea de que toda provisión, para ser calificada de legal, debe estar acompañada de una *actio*²⁶⁸ de forma que en caso de una violación, un órgano del sistema legal pueda conceder un remedio en una controversia. En otro trabajo hemos analizado y concluido que una norma que tiene completa obediencia puede ser considerada parte del sistema legal y de que no toda disposición jurídica va acompañada de una *actio*.²⁶⁹

²⁶⁶ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 205, p. 33.

²⁶⁷ Aquino, Tomás de, *Suma de teología*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1947, parte II, cuestión 5.

²⁶⁸ Facultad que otorga el orden jurídico a alguien para reclamar mediante el ejercicio de una acción ante los tribunales estatuidos la responsabilidad surgida por el incumplimiento del deber jurídico. Iglesias, Juan, *Derecho romano*, 12a. ed., Barcelona, Ariel, 1999, p. 248.

²⁶⁹ García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, p. 181.

B. *La propuesta de Raz*

Raz sostiene que una disposición legal x es identificada como parte de un sistema legal S cuando un órgano público ejecuta un deber o ejerce un poder regulativo.²⁷⁰ La propuesta de identificación de Raz es más amplia que la de Ross, ya que incluye casos sin controversia y permite que la identificación la realicen otros órganos del sistema legal distintos a los judiciales. Sin embargo, la propuesta raziana resulta todavía insuficiente porque exige que el órgano que identifique la disposición jurídica sea público.

Un contraejemplo resulta esclarecedor. En el caso de un tribunal arbitral, institución que rara vez se considera pública, pocos abogados ponen en duda que al decidir un caso el tribunal arbitral identifique de manera autoritativa la disposición legal aplicable.

C. *Nuestra propuesta*

¿Quién, entonces, identifica las disposiciones jurídicas de un sistema legal? Nuestra respuesta es que identifican las disposiciones jurídicas x 's de un sistema legal S aquellos órganos, públicos o privados, del sistema legal S que necesitan aplicarlas al realizar las funciones encomendadas por dicho sistema legal. Esto ha quedado suficientemente explicado en otro trabajo.²⁷¹ Baste simplemente retomar la siguiente conclusión.

Dentro de la lógica del Estado nacional, Bobbio señala que

La complejidad de un ordenamiento jurídico proviene de que la necesidad que tiene cualquier sociedad de regular las conductas es tan grande, que no hay ningún poder (u órgano) capaz de satisfacerlas por sí mismo. Para dar solución a esta exigencia el poder supremo recurre generalmente a dos medios: 1. La recepción de normas ya formuladas, producto de ordenamientos diversos y precedentes; 2. La delegación del poder de producir normas jurídicas en poderes u órganos inferiores.²⁷²

La observación de Nino de poner en claro la relación entre normas $v(x's)$ y $x's$, es de importancia suprema. Una disposición jurídica y no solamente cobra vida, pasa a formar parte de un sistema legal, porque una

²⁷⁰ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 145, p. 107.

²⁷¹ García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 183 y ss.

²⁷² Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 231, p. 154.

disposición *x* le permita a un órgano *emitirla*, también puede cobrar vida cuando la disposición *x* permite al órgano *aplicarla*.

Es necesario distinguir entre disposiciones jurídicas dependientes e independientes. Una disposición jurídica *y* perteneciente a un sistema legal *S* es independiente si su *membresía* no está basada en el hecho de que otra disposición jurídica *x* autoriza a un órgano a *emitirla*.²⁷³ Para nosotros un sistema legal es abierto si incluye disposiciones jurídicas independientes en este sentido.

La *grundnorm* kelseniana es una disposición jurídica independiente en el sentido que acabamos de mencionar, su *membresía* al sistema jurídico no deriva de que exista una disposición jurídica que faculte a un órgano de dicho sistema jurídico a emitirla. En este caso, la propiedad de la *grundnorm* de ser “generalmente eficaz” es la que define el criterio de pertenencia de dicha *grundnorm* al sistema legal, por otro lado, dado que la norma fundamental es una disposición jurídica que otorga competencia, si una disposición legal *x* ha sido promulgada conforme a la misma, entonces dicha disposición *x* es válida, pero decir que la *grundnorm* es generalmente eficaz y que *x* ha sido emitida conforme a la *grundnorm*, son proposiciones materialmente equivalentes.²⁷⁴

La concepción de Hart y Raz del sistema jurídico y de los criterios de pertenencia de las normas legales al mismo coinciden en un punto, se alejan de la teoría de las fuentes del derecho. En vez de remitir la identidad del sistema a los actos de promulgación, proponen tomar en cuenta los actos de aplicación.

Hart afirma que en todo sistema jurídico existe una disposición jurídica cuya función es ayudar a identificar las disposiciones jurídicas del conjunto. La regla de reconocimiento es la que suministra los criterios de pertenencia,²⁷⁵ su función es especificar “alguna característica o características, cuya posesión por una norma determinada, es asumida como indicación afirmativa y concluyente de que se trata de una norma del grupo”.²⁷⁶ Por su parte, Raz justifica focalizar la aplicación de las nor-

²⁷³ Esta definición es una modificación de la diversa propuesta por Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, *op. cit.*, nota 248, p. 277.

²⁷⁴ Caracciolo, Ricardo, *op. cit.*, nota 230, pp. 41-43.

²⁷⁵ La regla de reconocimiento de Hart puede ser asimilada a la *grundnorm* si además de criterios de identificación implica la obligación de aceptar las normas identificadas. Este punto está más allá de la intención de este escrito.

²⁷⁶ Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 203, p. 92.

mas y no la promulgación de las mismas en lo que él denomina la naturaleza institucional del derecho específicamente en cuanto al proceso de aplicación.²⁷⁷

Lo curioso es que ni Hart ni Raz llevan sus propuestas hasta sus últimas consecuencias. La regla de reconocimiento de Hart significa la afirmación de que en el sistema legal *S* existe un grupo de criterios de identificación, pero no señala cuáles son esos criterios. Raz, por su parte, parece caer en contradicción al señalar que “un sistema jurídico momentáneo *contiene* todas, y solamente todas, las normas *reconocidas* por un órgano jurídico primario de aplicación”,²⁷⁸ y poco tiempo después sostener la distinción entre pertenencia de una norma jurídica a un sistema legal y su aplicación por dicho sistema.²⁷⁹

Una disposición jurídica que se aplica, aunque no haya sido previamente emitida por órgano alguno del sistema legal donde se aplica, pasa a existir para dicho sistema jurídico por motivo de la “introducción, que de la misma hace a dicho sistema jurídico un órgano autorizado por el mismo para ello. Así, la norma *x* es: *x* = El órgano *A* está autorizado a *aplicar* (criterio de introducción) la disposición jurídica *y*.”

Cabe señalar que la inclusión en un sistema legal *S* de una disposición jurídica *y* (extraña) tiene un fuerte fundamento en el sistema *S*, y en cierto sentido una norma creadora dentro del sistema jurídico que la acoge, implica, como lo hizo ver Nino, la norma *x* y la norma *v(x)*, donde *x* = El órgano *A* está autorizado a *aplicar* (criterio de introducción) la disposición jurídica *y*. El poder regulativo otorgado al órgano *A* por la disposición legal *x* es parasitario de la disposición *y*, el poder *x* solamente se puede decir reconocido si a su vez se reconoce la norma *y* afectada por el mismo.²⁸⁰

Es curioso observar que tanto el reconocimiento de un matrimonio extranjero por un órgano del sistema legal *S* como la declaración formal de matrimonio por un órgano del mismo sistema legal, presentan una relación con otra disposición legal del sistema *S*. En el primer caso con aquella que faculta al tribunal a incorporar (adoptar en lenguaje de Raz) la disposición extranjera, en el segundo caso con la que faculta al oficial

277 Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 145.

278 Énfasis nuestro, *cfr.* Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 192.

279 Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 145, pp. 119 y 120.

280 Raz, Joseph, “Voluntary Obligations and Normative Powers”, en Paulson, Stanley (ed.), *Normativity and Norms...*, *cit.*, nota 149, p. 457.

del registro civil a declarar perfeccionado un matrimonio. En ambos con el juicio que señala que lo que determine y decide cada uno de esos órganos es derecho, obligatorio.

Raz sostiene que una disposición jurídica puede surgir sin necesidad de una norma generadora que autorice su nacimiento.²⁸¹ Hemos visto que con la aportación de Nino la aseveración de Raz debe ser completada a que no hace falta una norma generadora que autorice su nacimiento, pero sí su aplicación.

V. LA INSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO (EL MOVIMIENTO CONSTITUCIONAL)

Una característica importante de todo sistema legal es su institucionalidad. Decimos que existe institucionalidad legal cuando la comunidad regulada por el derecho es efectivamente regulada por éste, es decir, ha sufrido la revolución en el mundo de las representaciones morales de la que hablaba Habermas.²⁸² Cuando se presenta Eunomia (la hija de Zeus y Themis) o el buen orden social.²⁸³

Al interior de los sistemas jurídicos nacionales la institucionalidad se identifica con el movimiento constitucional.²⁸⁴ Si existe institucionalidad legal el sistema jurídico aparece como una maquinaria ajena y sobrepuesta a los individuos. Bajo institucionalidad legal la autoridad que apoya los directivos legales no deriva de las cualidades del policía que ordena en cuanto hombre, sino de su cargo, del hecho de ser un órgano del sistema legal.²⁸⁵ “No es la existencia de una fuerza policial la que hace a

281 Raz divide el problema en dos partes: por un lado, el nacimiento de disposiciones jurídicas que pertenecen a un sistema legal; por otro lado, el surgimiento de disposiciones jurídicas que no son parte de algún sistema legal. Según el autor citado, el surgimiento de normas aisladas no presupone la existencia de ninguna norma generadora, las normas aisladas son normas originales. El problema del surgimiento de normas aisladas es para Raz una combinación de *a)* problema de la existencia de un sistema jurídico y *b)* el problema de la pertenencia de una disposición jurídica a tal sistema jurídico. *Cfr* Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, pp. 67 y 68.

282 Habermas, Jüngen, *op. cit.*, nota 17, p. 26.

283 Allott, Philip, *op. cit.*, nota 18, p. XXVII.

284 Véase réplica de lord Coke al rey James I, Coke, Edward, *op. cit.*, nota 169, pp. 64 y 65.

285 Ross, Alf, *op. cit.*, nota 207, pp. 54 y 55.

un sistema legal fuerte y respetado, sino la fuerza de la ley la que hace posible que la policía esté efectivamente organizada”.²⁸⁶

La característica de institucionalidad legal lamentablemente sigue siendo analizada por la mayoría de los teóricos bajo el dogma soberano, bajo el binomio monarca *vs.* súbdito, derecho público *vs.* derecho privado. El dogma soberano oscurece la discusión y nubla el análisis, desvía el estudio a cuáles son los órganos gubernamentales que aplican las disposiciones legales. Para Raz, por ejemplo, el sistema jurídico es institucional, ya que la aplicación de las disposiciones jurídicas y su modificación es llevada a cabo por instituciones, mismas que tienen el carácter de públicas y permanentes.²⁸⁷

Ross, por su parte, señala que las instituciones son aquellos órganos del sistema legal con poder para crear y aplicar el derecho, contraponiendo dichas funciones a los ciudadanos comunes. Para Ross, las instituciones aparecen frente al individuo como autoridades públicas que forman una maquinaria legal independiente de su voluntad y de sus deseos, y por esta razón se considera a la ley como una institución social, adscrita a la sociedad y no al individuo.²⁸⁸

Con esta idea Ross define al sistema jurídico nacional como el cuerpo de reglas integrado que determina las condiciones bajo las cuales la fuerza física puede ser ejercida en contra de una persona; el sistema legal nacional establece una maquinaria de autoridades públicas, cortes y órganos ejecutores, cuya función es ordenar y llevar a cabo el ejercicio de la fuerza en casos específicos; es decir, un sistema legal nacional se integra por aquellas reglas para el establecimiento y funcionamiento de la maquinaria estatal de la fuerza.²⁸⁹

Tanto para Raz como para Ross, la definición de institución se basa en los binomios público *vs.* privado, monarca *vs.* súbdito, individuo *vs.* sociedad. Enmarcada bajo la premisa soberana, la discusión sobre la institucionalidad del derecho se pierde; así Raz define la aplicación del derecho como cada acto de un oficial público mediante el cual cumple con un deber o ejerce un poder regulativo. Sin embargo, Raz mismo concede que dicha definición es circular, pues los actos de los agentes privados, cuan-

²⁸⁶ Brierly, J. L., *The Law of Nations. An Introduction to the International Law of Peace*, 6a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 72.

²⁸⁷ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 3.

²⁸⁸ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 207, p. 56.

²⁸⁹ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 205, p. 34.

do cumplen deberes o ejercen poderes regulativos, difieren de los públicos solamente en que los últimos son ejecutados por agentes públicos, pero no en cuanto a la sustancia de los actos mismos.²⁹⁰ Se cae en la perogrullada de que un acto público es aquél ejecutado por un ente público.

El problema de la institucionalidad del derecho está en querer adscribir la institucionalidad a ciertos órganos del sistema jurídico y no al sistema jurídico como un todo. Así, el derecho inglés es institucional no porque tenga rey y parlamento, sino porque el mismo sistema legal inglés tiene la característica de institucional.

En efecto, en el caso del uso de la fuerza el sistema legal organiza dicho uso y autoriza el empleo de la misma únicamente en ciertas circunstancias y confiere tal poder a ciertos individuos. Es un error ver a dicho individuo como una institución que se sobrepone a la sociedad (pensemos en el policía), es mejor concebir al individuo autorizado que aplica la medida coactiva como un simple agente executor del sistema jurídico institucionalizado.²⁹¹

La discusión de la institucionalidad del derecho no debe buscarse en quiénes son los órganos del sistema jurídico. La idea de órgano del sistema jurídico es simplemente una función que se ejerce por un ser humano en una circunstancia determinada, pero que no tiene existencia mágica después de que dicha función ha sido ejercida. Así, por ejemplo, el titular de la presidencia de un país no todo el tiempo está ejerciendo las funciones que constitucionalmente tiene conferidas, sino que realiza otro tipo de actividades no relevantes para cumplir sus “altas funciones soberanas”, entre estas nimiedades encontramos, por ejemplo, el comprar una cerveza en un bar o manejar un automóvil. En aquellas actividades que el titular del Poder Ejecutivo no actúa como órgano del sistema legal, por ejemplo, si decide pagar o no la cerveza en el bar, o no respetar las señales de tránsito, el individuo permanece en una posición de subordinación respecto del sistema legal como cualquier otro “súbdito”. En efecto, la relación de *infra* y *supra* ordena-

290 Respecto a la distinción entre lo público y lo privado del derecho, la doctora Arce-
lia Quintana ha señalado que todas las normas de un sistema jurídico estatal, incluso
aquellas que se consideran de derecho privado, deben considerarse de *ius publicum*; al
ser ubicadas en dicho sistema legal. Cosa distinta es aceptar sobre la conveniencia prác-
tica de la distinción. *Cfr.* Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Ciencia del derecho mercantil.*
Teoría, doctrina e instituciones, 2a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 20.

291 Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 123, p. 25.

ción se da no respecto de individuos y órganos del sistema legal, sino respecto de la sociedad al sistema legal correspondiente.

Este punto es toral. No es el gobernante el que se encuentra en relación de superioridad respecto de los gobernados, no son los gobernantes los que dan la característica de institucionalidad al derecho, sino el hecho de que el sistema legal se ubique por encima de todos los individuos a los que está dirigido a regular su conducta, incluyendo el gobernante.

Bajo la revolución de las representaciones morales de Habermas, las prescripciones legales de un sistema jurídico no pueden verse emanando de una persona en su capacidad individual (el rey, el monarca); las disposiciones legales no tienen la intención de servir a los intereses de un grupo de personas en particular, las prescripciones legales son mas bien un vehículo mediante el cual los intereses particulares confluyen entre sí y crean el interés general de los diversos participantes.²⁹² El que el sistema legal se desprenda de los intereses particulares y se sobreponga como interés general lo hace institucional.

²⁹² Allott, Philip, "Reconstituting Humanity-New International Law", *European Journal of International Law*, vol. 3, núm. 2, 1992.