

V. ESTRUCTURA DE UN SISTEMA LEGAL, SUS RELACIONES

Hemos visto que no tiene sentido hablar de elementos de un sistema sin vinculaciones relacionales,²⁶⁶ por lo que un sistema legal no puede entenderse como un agregado de disposiciones jurídicas desconectadas entre sí. Las conexiones de los sistemas legales pueden ser de dos tipos: internas y externas. Las relaciones externas tienen lugar entre el sistema legal y su entorno. Las relaciones internas se presentan entre las disposiciones jurídicas que integran el sistema legal, al interior del sistema. El conjunto de las relaciones internas y externas constituye la estructura del sistema legal.

Raz señala dos factores que determinan la estructura de un sistema legal: los principios de individuación, y la riqueza, complejidad y variedad del contenido del sistema jurídico de referencia.²⁶⁷ Los principios de individualización se determinan por la teoría legal; el contenido del sistema legal de-

²⁶⁶ Luhmman, Niklas, *op. cit.*, nota 18, p. 44.

²⁶⁷ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 140.

pende básicamente de hechos no jurídicos, externos a los sistemas legales, de su entorno.

Individualizar significa dividir el sistema legal en sus unidades básicas. La individualización de una disposición jurídica significa estudiar dicha disposición en sí misma, pero también en el contexto del sistema legal al que pertenece. Los principios de individualización se pueden clasificar en dos tipos: de selección (guía) y de exclusión (límites), dichos principios resultan complementarios, pues al seleccionar a una disposición jurídica en particular se excluye (limita) el contenido de otras disposiciones jurídicas. El propósito de dividir a los sistemas jurídicos en disposiciones jurídicas es crear unidades que faciliten el discurso, la referencia y el análisis de las distintas partes de un sistema jurídico.

Una vez individualizadas las disposiciones jurídicas de un sistema legal, surge la cuestión de volverlas a conectar, de analizar como trabajan conjuntamente, de ver cuales son las relaciones entre ellas y entre el entorno que las rodea. Una relación existe entre dos disposiciones jurídicas sí una de ellas es (o forma parte de) una condición para la existencia de la otra, o afecta su significado o aplicación.²⁶⁸

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 24.

El análisis de la estructura de un sistema legal se puede hacer desde muchos ángulos. El primero es aquel que analiza la estructura operativa del sistema, es decir, el cómo trabajan entre sí las disposiciones jurídicas.²⁶⁹ Desde otro ángulo puede estudiarse el sistema jurídico desde el punto de vista de cómo las disposiciones legales llegan a pertenecer al mismo.

1. *Estructura operativa*

El estudio de la estructura operativa de un sistema jurídico significa el estudio de la operación, interpretación y aplicación de las diferentes disposiciones jurídicas que integran dicho sistema. La operación de un sistema legal tiene lugar a partir de muchos tipos de relaciones entre las disposiciones jurídicas, algunas de las cuales ya han sido tratadas, todas ellas en su conjunto constituyen la lógica y la coherencia que el sistema legal puede tener.

La relación regulativa se da en las llamadas *PR-law*. En una *PR-law* la disposición legal que confiere el poder *P* guarda una “relación regulativa”²⁷⁰ respecto de ciertas *D-law*, ya que utilizando

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 184.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 162.

P se pueden conferir poderes o imponer deberes a otras personas.

La relación de excepción, por su parte, tiene lugar entre los permisos y los deberes. Cuando un permiso contradice una obligación y, sin embargo, ambas disposiciones jurídicas pertenecen al mismo sistema legal y son, por lo tanto, obligatorias, el permiso debe interpretarse como una excepción a la obligación.

Otro tipo de relación interna interesante es la llamada relación punitiva, ésta se da entre una *D-law* y una *S-law*. La *S-law* es siempre accesoria a la *D-law*, ya que ninguna *S-law* puede existir sin una *D-law*, aunque como vimos una *D-law* si puede existir sin una *S-law*.

Se ha sostenido que los sistemas jurídicos son unitarios,²⁷¹ y que tienen una estructura jerárquica en orden descendente de generalidad.²⁷² La esencia de la teoría del sistema normativo unitario significa que las disposiciones legales de un sistema jurídico no se encuentran todas en un mismo plano, pues hay normas inferiores y superiores. Las normas in-

²⁷¹ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 211, pp. 161 y ss.

²⁷² “Système Juridique”, en Arnaud (coord.), *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988, pp. 404 y ss.

feriores dependen de las superiores.²⁷³ Así, por ejemplo, el derecho natural postuló las llamadas normas superiores,²⁷⁴ la teoría de los derechos humanos reconoce el concepto de derecho fundamental,²⁷⁵ el derecho internacional hace suyas las normas *erga omnes*²⁷⁶ o el derecho *ius cogens*.²⁷⁷

No obstante, que de una u otra manera el discurso jerárquico entre las disposiciones jurídicas ha estado presente en el mundo existe un enmarañamiento teórico respecto a qué hace una disposición jurídica más importante que otra. De ahí que Hobbes dijera en el Leviatán: “...nunca pude com-

²⁷³ Koskenniemi, Martti, “Hierarchy in International Law: A sketch”, *European Journal of International Law*, Oxford University Press, vol. 8, núm. 4, 1997.

²⁷⁴ La más antigua distinción entre normas fundamentales y ordinarias (aceptando que esa sección de la Biblia ya se había escrito tal como está hoy, antes de la época griega) se encuentra en el derecho mosaico en Deuteronomio 17, 18-20 y en 2 Reyes 23, 2. En Grecia, Aristóteles distinguía entre normas superiores (*nomoi*) y normas ordinarias (*psefismata*) [Solón] “Estableció una Constitución y dispuso otras leyes...”. *The Athenian Constitution*, Londres, William Heinemann LTD, 1938, VII.1.

²⁷⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 111, pp. 19 y ss.

²⁷⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Case*, Belgium v. Spain, ICJ, 1970.

²⁷⁷ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, Nicaragua v. US, Jurisdiction and admissibility, ICJ, 1984.

prender, en ningún autor, qué se entiende por ley fundamental...”.²⁷⁸

¿Por qué priva una disposición jurídica sobre otra? La respuesta focaliza normalmente el contenido normativo de las disposiciones jurídicas, que valores son más o menos importantes en la escala normativa,²⁷⁹ ante tal situación la solución no puede ser más que de carácter subjetivo. Los sistemas jurídicos nacionales han distinguido entre supremacía material y supremacía formal.²⁸⁰ Es material en cuanto que la norma superior es primordial por su contenido, es decir, la norma superior tiene mayor “valor” que otro tipo de disposición jurídica por su contenido mismo. La supremacía formal o principio de rigidez establece que las disposiciones jurídicas fundamentales deben ser modificadas sola-

²⁷⁸ Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 1990, parte II: Del Estado, cap. 26, p. 236.

²⁷⁹ Weiler, J 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. 8, núm. 4, 1997.

²⁸⁰ En la práctica cuando se distingue una norma superior de una inferior no se atiende tanto a lo que contiene (supremacía material) sino a la forma en como se elaboró, *cfr.* Naranjo Mesa, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Temis, Bogotá, 1991, pp. 322-335.

mente mediante la intervención de órganos y procedimientos especiales.

Esencialmente no existe nada que asegure que un sistema jurídico sea completo (si a todos los casos les corresponde una solución), coherente (no existen conflictos entre las provisiones, no hay antinomias) o con provisiones independientes, no redundantes.²⁸¹

Un comentario final, respecto de la estructura del sistema legal es importante. Los órganos encargados de dirimir controversias modifican, momento a momento, el sistema legal, la estructura operativa que guardan entre sí los distintos sistemas jurídicos. Sin necesidad de decidir aquí la antigua controversia de si los jueces crean o no derecho, y partiendo del supuesto de que únicamente lo aplican, ¿qué sucede cuando un juez encuentra un sistema legal *S* inconsistente? La solución a los problemas estructurales del sistema legal tradicionalmente se encuentran mediante la aplicación de las reglas de preferencia *lex posterior*, *lex superior*, y *lex specialis*. Cada aplicación de una de dichas reglas de preferencia sobre el sistema legal *S*, es un cambio del sistema legal *S*. Una modificación de la jerarquía

²⁸¹ Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, nota 16, p. 258.

de aplicación equivale a derogar ciertas normas e introducir otras.²⁸²

2. *Cómo las disposiciones jurídicas llegan a ser parte de un sistema legal*

Un conjunto puede definirse extensionalmente, enumerando sus componentes. Así, un sistema jurídico S puede definirse señalando las disposiciones jurídicas x 's que lo componen, $S = [x's]$. Sin embargo, en este punto lo importante es discutir la propiedad que determina por qué las x 's pertenecen a S , los problemas de membresía o los criterios de pertenencia, en general la estructura genética del sistema legal S . 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 . 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,²⁸³ identificar una disposición legal significa determinar si pertenece a un determinado sistema jurídico. Establecer si cierta disposición jurídica, un contrato, por ejem-

²⁸² Alchourrón, C. y Bulygin, E., *op. cit.*, nota 42, p. 405.

²⁸³ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 1.

plo, forma parte o no de un sistema jurídico, es decir, si $x \in S$, implica fijar la extensión o alcance de dicho sistema jurídico,²⁸⁴ 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 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 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.

Podemos comenzar por señalar que los sistemas jurídicos establecen dos tipos de condiciones para que surjan nuevas disposiciones jurídicas: 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.

²⁸⁴ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 48, pp. 81 y 187.

Debido a la interconexión que presentan las disposiciones de un sistema legal, normalmente en la operación de membresía²⁸⁵ de una disposición jurídica, no participa un sólo órgano, sino que se da un complicado sistema donde concurren varios participantes. Así, un órgano creador (las personas que crean la voluntad contractual por ejemplo) actúa bajo los límites y al mismo tiempo completa otras disposiciones jurídicas que fueron creadas por otros participantes (el legislador).

En principio podría distinguirse la “existencia” de una disposición jurídica x , de su “pertenencia” o “membresía” () a un sistema jurídico S . No obstante, todo elemento existe en, para y dentro de un conjunto, es decir, un elemento x no puede ser llamado elemento, sino es en relación con el conjunto al que pertenece, por lo que no tiene caso hablar de disposiciones jurídicas autocontenidas, aisladas de un sistema legal. Como señala Caracciolo, el trato teórico con el derecho es básicamente de carácter holístico,²⁸⁶ versa sobre conjuntos de normas y no sobre normas aisladas. No existen elementos ontológicamente determinados. “En la realidad las

²⁸⁵ Es muy importante considerar que membresía no es igual a creación, existen otras formas de que una disposición legal sea miembro de un sistema legal además de la creación.

²⁸⁶ Caracciolo, Ricardo, *op. cit.*, nota 62, p. 12.

normas jurídicas no existen nunca solas, sino siempre en un contexto de normas, que tienen entre sí relaciones particulares”,²⁸⁷ toda norma pertenece a un sistema jurídico de base, *grundlegung*.

Es cierto que existencia de una disposición jurídica y membresía a un sistema legal no son lo mismo, sin embargo, se implican mutuamente. El que una disposición jurídica x pertenezca a un determinado sistema jurídico S , $x \in S$, significa que existe para ese sistema legal S y, desde el punto de vista de dicho sistema, 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 a través de la forma o el fin), sino simplemente a través de su pertenencia al ordenamiento”.²⁸⁸

¿Cuáles son los criterios que nos ayudan a identificar cuando una disposición jurídica x pertenece (existe como miembro) a un sistema legal S ? Tradicionalmente existen 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.

²⁸⁷ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 211, p. 141.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 176.

A. Fuentes del derecho

Austin señalaba que:

Cada ley positiva, o cada ley simple, y 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.²⁸⁹

Bajo esta visión, incrustada en el sistema jurídico estatal, la forma de saber si una disposición jurídica forma parte de un sistema legal es investigar quien 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: ha sido creada por los órganos competentes de dicho sistema jurídico, conforme a los procedimientos establecidos por dicho sistema legal. Esta forma de fijar los alcances

²⁸⁹ Austin, John, *op. cit.*, nota 109, pp. 253 y 254.

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.²⁹⁰ Denominado en este trabajo también como criterio genético.

En la teoría kelseniana la membresía (para Kelsen membresía = validez) de una disposición jurídica requiere que la emisión de la misma sea autorizada por otra disposición jurídica que es a su vez válida. “La razón o fundamento de validez de una norma está siempre en otra norma, nunca en un hecho”.²⁹¹ Existe así una relación genética entre la disposición jurídica creadora y la disposición jurídica derivada;²⁹² Un ejemplo de dicha relación se da entre la Constitución y las leyes que emanan de la misma.

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

La primera, es que no todo sistema jurídico tiene un órgano especializado (soberano) en emitir disposiciones jurídicas para que el resto de la comunidad jurídica las cumpla. El sistema legal interna-

²⁹⁰ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 18.

²⁹¹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 14, pp. 129-131.

²⁹² Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 61.

cional, por ejemplo, es un “sistema legal horizontal, faltante 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]”.²⁹³

El segundo punto, es que para que exista derecho no se requiere de un gobernante que lo genere. Si bien, el derecho es un fenómeno generado por el hombre y en ese sentido es artificial, 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.²⁹⁴ 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 di-

²⁹³ Malanczuk, P, *Akenhurst's Modern Introduction to International Law*, 7a. ed., Nueva York, Routledge, 1997, p. 3.

²⁹⁴ “...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 hundirla nave de esa ciudad”, *cfr.* Sófocles, “Ayax”, cuadro segundo, *Las siete tragedias*, México, Porrúa, 1988, p. 25.

seño humano; es decir, el único derecho posible es el producido de forma deliberada por el gobernante, pensar en derecho creado por los gobernados, en derecho 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 quizás 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.

Nada impide pensar en una norma legal que emerge del comportamiento del hombre, pero que ningún diseñador humano la ha pensado previamente. El derecho costumbrista 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 argüir como ciertos eventos sociales tales como las reglas de trato social,

tradiciones, costumbres, lenguajes, el dinero, los mercados y el derecho²⁹⁵ 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,²⁹⁶ Adam Smith²⁹⁷ y Adam Ferguson.²⁹⁸

Directamente relacionada con la idea del derecho espontáneo, encontramos la distinción entre centralismo y pluralismo legal. El centralismo legal está relacionado 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.²⁹⁹ 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

²⁹⁵ Hayek, Friedrich. A., *The Political Ideal of the Rule of Law*, El Cairo, National Bank of Egypt. Fiftieth Anniversary Commemoration Lectures, 1955, p. 30.

²⁹⁶ Hume, David, *Essays, Moral, Political and Literary* (1777), Eugene F. Miller (ed.), Indianapolis, Liberty Press, 1987.

²⁹⁷ Smith, Adam, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), Nueva York, Random House, 1937.

²⁹⁸ Ferguson, A., *An Essay on the History of Civil Society* (1767) Duncan Forbes (ed.), Edinburgh, University Press, 1966.

²⁹⁹ Austin, John, *op. cit.*, nota 109, pp. 9-33.

sistema jurídico de mérito.³⁰⁰ Esta visión implica necesariamente un cierto concepto de poder detrás del derecho.³⁰¹

En tercer lugar, 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 se sugiere de disposiciones jurídicas generales a particulares. La relación genética entre disposiciones jurídicas generadoras y derivadas puede representarse también mediante un diagrama de árbol.³⁰²

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.³⁰³ En segundo lugar, el diagrama de árbol está fuera de todo contexto donde se requiera una *grundnorm*.³⁰⁴

En cuarto lugar, Nino ha demostrado que el criterio genético no puede describirse simplemente

³⁰⁰ Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard, 1945, p. 110 y *Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California, 1967, p. 163.

³⁰¹ Mackaay, E., "Emergence of Legal Rules", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, Macmillan, 1998, vol. 2, pp. 29-33.

³⁰² Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 97.

³⁰³ *Ibidem*, p. 99.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 104.

como una relación entre dos disposiciones jurídicas, una creadora y otra derivada, en realidad, sostiene el autor citado, intervienen en el proceso otras disposiciones jurídicas diferentes a la creadora y la derivada.³⁰⁵ 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.

De esta forma el criterio genético se complica, pero la relación más importante es entre x y la disposición que le otorga validez normativa $v(x)$, ya que $v(x)$ es una norma que ordena obedecer a x , y x autoriza a un órgano de S a emitir y . El que x sea

³⁰⁵ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 77, pp. 257 y 258.

obligatoria se debe a que existe una norma que ordena obedecerla, la norma $v(x)$.

Un quinto comentario, es que no necesariamente toda disposición jurídica que *pertenece* a un sistema legal tuvo que haber sido *emitida*.³⁰⁶

B. *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 de deductivo), cuando una disposición jurídica es consecuencia lógica de otra; de legalidad (genético en nuestro lenguaje), 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.³⁰⁷ Hemos visto que implicación lógica normativa de las disposiciones legales entre sí es bastante cuestionable, en virtud de que las mismas pertenecen al mundo del deber ser, lo que significa que los principios de lógica no les son aplicables. La relación genética es relevante, ya normalmente el derecho autoriza su propia creación, pero en el

³⁰⁶ Moreso, José J. y Navarro, Pablo, *op. cit.*, nota 16, p. 276.

³⁰⁷ Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, nota 16, pp. 261-265.

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 cuales no son aplicables.³⁰⁸

C. *Un tercer criterio, incorporación*

a. La propuesta de Ross

Si la teoría de las fuentes del derecho y el criterio deductivo son insatisfactorios para la membresía de todas las disposiciones legales en un sistema jurídico, ¿de qué otra manera determinamos si una disposición jurídica en particular es parte o no de un sistema legal?

Pensemos en lo siguiente, ¿a quién están dirigidas las disposiciones jurídicas que norman la conducta humana, es decir, las provisiones? Esta disposición en materia penal nos ayudará a responder

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 263.

la pregunta: “Al que prive a otro de su libertad, con el propósito de realizar un acto sexual, se le impondrá de uno a cinco años de prisión”. La redacción de esta disposición sugiere que la misma no está directamente dirigida a quienes deben cumplirla, sino a los órganos del sistema legal que aplican la disposición cuando se incumple lo ordenado por la misma. El punto de arranque de la discusión fue la polémica entre Ihering y Binding. Para el primero, las normas jurídicas estaban dirigidas a los órganos del Estado encargados de ejecutar la fuerza coactiva; mientras que para el segundo, estaban dirigidas a los ciudadanos.³⁰⁹ Aunque estamos más a favor de la postura de Binding, partamos del punto de vista contrario para hacer algún comentario.

Ross, por ejemplo, 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.³¹⁰

La aseveración de Ross casa dos conceptos: membresía a un sistema jurídico = aplicación de una disposición jurídica por un sistema jurídico. Membresía aplicación, ha sido una gran aportación de Raz a la discusión jurídica. Moreso y Navarro, sos-

³⁰⁹ Para un recuento de la polémica véase: Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 211, pp. 79 y ss.

³¹⁰ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 33.

tienen 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 no (se considera) 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 si (se considera) pertenece a un sistema legal puede resultar inaplicable por virtud de, por ejemplo, suspensión de garantías, o *vacatio legis*.³¹¹

Así, 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 sistemas jurídicos que tienen vida en t y en $t-i$. El autor citado, distingue así 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.³¹²

Podemos encontrar muchos ejemplos de cuando una disposición jurídica, en particular, no es aplicable a un caso concreto y, sin embargo, pertenece a

³¹¹ Moreso, José J. y Navarro, Pablo, op. cit., nota 16, p. 286.

³¹² Bulygin, Eugenio, op. cit., nota 16, pp. 267 y ss.

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

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.³¹³

Esta aseveración de Bulygin parece contradecir el caso donde los precedentes son vinculativos; en Estados Unidos, por ejemplo, para cambiar la normatividad es más fácil enmendar la Constitución que tirar un precedente de la Suprema Corte.³¹⁴

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

³¹³ Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, nota 16, pp. 267 y ss.

³¹⁴ *Chisholm v. 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, mas que de la Corte” (cf. Willard Hurst, “Review and the distribution of National Powers”, en *Supreme Court and Supreme Law*, compilado por Edmond Cahn, Indiana University Press, 1954, p.143).

del sistema jurídico que la aplica. 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 la práctica judicial. Las disposiciones jurídicas preceden su interpretación, existencia precede la actividad interpretativa.³¹⁵ Esta posición debe 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 introducción para la membresía de las disposiciones jurídicas. Kelsen aceptaba ambas, “la regla que obliga a los tribunales de un Estado a aplicar, en determinados casos, normas de un derecho extranjero, produ-

³¹⁵ Guastini, Riccardo, “Normativism or the Normative Theory of Legal Science”, en Paulson, Stanley, (ed.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 318.

ce el efecto de incorporar esas normas al derecho nacional”.³¹⁶

Si el derecho es normativo, es decir, si el derecho busca que la conducta de los hombres se acoople a una idealidad establecida por las disposiciones jurídicas que aplica, me 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.

Si bien es importante distinguir entre membresía y aplicación, debe también estudiarse la relación que existe entre las mismas. Se ha dicho que para que una norma *y*, foránea al sistema legal *S* sea aplicable en el mismo, se requiere de una norma *x* perteneciente a dicho sistema legal que establezca como *y* debe ser aplicada.³¹⁷ Nuestro estudio de la relación retoma dicha aseveración, pero va más lejos. Podemos señalar que la membresía de una disposición legal *y* es una condición necesaria para la aplicación de dicha disposición jurídica, no al revés. La aplicación implica membresía, pero membresía no implica aplicación.

³¹⁶ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 14, pp. 289 y 290.

³¹⁷ Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, *op. cit.*, nota 16, p. 285.

Hart señalaba que:

Cuando tenemos disposiciones legales que explícita 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,³¹⁸ 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.³¹⁹

Estas citas nos llevan, a las siguientes dos reflexiones: por un lado, el que una disposición legal pertenezca a un sistema jurídico o a otro, se contesta no solamente con base en herramientas jurídicas, y la segunda, el sistema legal de mérito determina si una disposición jurídica es suya o no, el cómo sea y haya sido la solución dada por dicho sistema legal no significa que esa sea la mejor, existe posibilidad del cambio.

³¹⁸ Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 113, p. 557.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 576.

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

Regresando a la identificación de las disposiciones jurídicas al ser aplicadas, resulta convincente que 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, entonces no habrá duda de que la disposición identificada forma parte del sistema legal. En este caso, la aseveración expresada por Ross,³²⁰ de que para identificar una disposición jurídica debemos ver a la institución que la aplica al resolver una controversia, es totalmente cierta, pero parcial, restringe nuestras posibilidades de análisis jurídico y, por lo tanto, debe ser ampliada.

El sostener que para identificar una disposición de un sistema legal debemos focalizar al órgano del sistema que resuelve controversias, se basa en dos supuestos irreales: a) una presunción, establecida

³²⁰ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 33.

desde Santo Tomas,³²¹ 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*,³²² de forma que en caso de una violación, un órgano del sistema legal pueda conceder un remedio.

a) ¿El derecho es sólo para los criminales?

En cuanto al supuesto de reducir la aplicación del derecho a aquellos casos de violación al mismo, encontramos ciertos problemas. Por ejemplo, si quisiéramos saber si el aborto está prohibido en cierta sociedad, deberemos buscar la regla no en una disposición del legislativo, sino en el hecho de que los jueces, bajo ciertas condiciones impongan una sanción por realizar el aborto. Bajo este punto de vista caemos en la paradoja de Baxter,³²³ referente

³²¹ De Aquino, Tomas, *Suma de teología*, Parte II, artículo 5, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1947.

³²² 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.

³²³ Baxter, R. R., "Treaties and Custom", *Recueil des Cours*, Hague Academy of International Law, La Haya, vol. I, 1970, pp. 64 y ss.

a que mientras más efectiva sea una regla en la vida extrajudicial, más difícil resulta señalar si dicha regla forma parte o no del sistema jurídico, ya que las cortes tendrán menos oportunidad de manifestar su reacción.

Si el derecho es normativo y pretende que los individuos se comporten de acuerdo a sus mandatos ¿por qué el caso extremo de completa obediencia a la disposición jurídica³²⁴ no puede llevar a concluir que dicha regla pertenece al sistema jurídico que rige la vida de dichos individuos? Parece que todo se reduce a un problema de evidencia. En efecto, si un juez decide una controversia, su decisión será autoritativa y normalmente estará razonada de forma que tendremos acceso a diversos argumentos que nos permitirán ver por qué se decidió por aplicar una disposición jurídica y no por otra. La falta de una decisión judicial, en el caso extremo de completa obediencia a la disposición legal no es razón suficiente para concluir que la última no forma parte del sistema legal.

³²⁴ Hemos visto que un sistema legal no requiere que la conducta real de los individuos se ajuste de manera absoluta a lo ordenado por el mismo, es más, tiene que haber posibilidad de cierto antagonismo, posibilidad de actuar en contra de lo ordenado, de no existir tal posibilidad, el orden normativo carecería completamente de significación. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 14, p. 141.

b) ¿Toda disposición jurídica va acompañada de *actio*?

El segundo supuesto en el que Ross basa su propuesta de identificación de las disposiciones legales, es la idea de que toda provisión, para ser calificada de legal, debe estar acompañada de una *actio*; lo que nos lleva a la siguiente pregunta: ¿existen en los sistemas jurídicos provisiones sin garantía de *actio*? O dicho de otra manera ¿qué sucede en un sistema legal cuando una provisión se incumple?

Hemos visto que las disposiciones jurídicas pueden ser divididas en provisiones y no-provisiones. Las primeras buscan regular la conducta humana de manera directa, las segundas, dan coherencia al sistema legal. Los sistemas legales prevén reacciones en caso de violaciones a ambos tipos de disposiciones jurídicas; no obstante, este análisis se centrará en violaciones a las provisiones. La provisión al buscar normar la conducta humana, impone un “deber” al hombre, el término deber lo manejamos incluyendo ordenes, mandatos, prescripciones, precepciones, prohibiciones, admisiones, permisos, autorizaciones.³²⁵ Por el momento nos centraremos a las violaciones de la provisión que ordena.

³²⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 23.

La provisión crea la llamada regulación jurídica. Tradicionalmente la regulación jurídica ha sido definida como “una *conexión de dos juicios*, recíprocamente fundados, uno *imperativo* y otro *atributivo*. El que impone el deber al obligado lógicamente implica el que concede al pretensor un derecho subjetivo, y viceversa. Pues si el cumplimiento de la obligación del primero no pudiese ser reclamado por el derecho habiente, ese deber no sería una deuda ni tendría carácter jurídico”.³²⁶ Es decir, la conexión de dos juicios, el imperativo y el atributivo, implica la posibilidad de reclamo por incumplimiento del deber. ¿Todo reclamo debe ser a través de una *actio*?

Muchos juristas sostienen que todo deber legal debe estar acompañado de una *actio*.³²⁷ Esto es una exageración, desde nuestro punto de vista.

En efecto, la violación al juicio imperativo da lugar a nuevas relaciones legales que se agrupan bajo la denominación común de responsabilidad.³²⁸ Frente a la llamada responsabilidad encontramos el juicio atributivo denominado, por nosotros, “facultad de exigir la responsabilidad”. Dependiendo del

³²⁶ Itálicas en original. García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, nota 257, p. 17.

³²⁷ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 163.

³²⁸ Crawford, James, *op. cit.*, nota 223, p. 124.

sistema jurídico existen diversos niveles de responsabilidad y también diversas formas de exigirla, la más perfecta es a través de una *actio*.

La teoría jurídica ha identificado a la *facultad de exigir la responsabilidad* con la *actio*. Cuando dicha *actio* no se encuentra presente simplemente se concluye que tampoco existe la *facultad de exigir responsabilidad*.

Kelsen, llamó “derecho subjetivo en sentido técnico”³²⁹ al poder jurídico otorgado a un órgano del sistema legal para llevar adelante una acción por incumplimiento de una obligación por parte de otro órgano del sistema legal. Señalaba que en un sistema jurídico bien podían existir derechos subjetivos en sentido técnico, pero cabía la posibilidad de que no los hubiera, ya que éstos constituían una técnica específica del orden jurídico capitalista, en cuanto éste garantiza en forma muy especial al interés individual, e históricamente los sistemas jurídicos no han sido todos capitalistas. De hecho, Kelsen observaba que dicha técnica no domina en todas las partes del orden jurídico contemporáneo estatal, sino sólo aparece plenamente desarrollada en el terreno denominado “derecho privado”; el derecho penal moderno, por ejemplo, no la emplea.³³⁰

³²⁹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 147.

³³⁰ *Ibidem*, pp. 148 y 149.

En el derecho romano, que pocos dudan de calificar como derecho, ciertas obligaciones no podían ser exigidas mediante el ejercicio de una *actio*. Estas obligaciones no eran calificadas de morales porque cuando el deudor voluntariamente ejecutaba el pago, no podía exigir con posterioridad al acreedor la restitución, ya que dicho sistema jurídico no consideraba que se hubiera hecho un pago de lo indebido.³³¹ Enneccerus sostuvo que un derecho sin acción era imperfecto, pero no por ello dejaba de ser derecho.³³²

En los diferentes sistemas jurídicos conocidos la facultad de exigir la responsabilidad no necesariamente implica el ejercicio de una *actio*. En el derecho internacional la exigencia de la responsabilidad puede cobrar vida a través de la puesta en marcha de contramedidas, por ejemplo.³³³

Además de que puede haber un deber legal sin acción, Ferrajoli sostiene que en ocasiones un sistema jurídico particular puede establecer una provisión con juicio atributivo, pero sin juicio imperativo, un sistema legal puede establecer un derecho

³³¹ Petit, E, *Tratado elemental de derecho romano*, México, Editora Nacional, 1951, § 526.

³³² Enneccerus, Ludwig, *Derecho de Obligaciones*, Barcelona, Librería Bosch, 1933, t. II, Teoría General, p. 13.

³³³ Crawford, James, *op. cit.*, nota 223, p. 256.

sin señalar en qué consiste el correspondiente *deber jurídico* ni a quién le corresponde ejecutarlo (por ejemplo el derecho a tener una casa digna que se consagra en algunas constituciones).³³⁴

El que no toda disposición jurídica esté vinculada con una *actio*; no significa que en los sistemas jurídicos no existan las *actio*, de hecho, parece razonable sostener que todo sistema jurídico tiene algunas *actio*, es decir, en un sistema legal cualquiera deben existir órganos encargados de decidir controversias.

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.³³⁵ 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 que forma parte de un sistema legal sea público.

³³⁴ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 144, pp. 180-196.

³³⁵ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 48, p. 107.

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, dicho tribunal 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. Es necesario explicar lo anterior con mayor detenimiento.