

VI. ÓRGANO DEL SISTEMA LEGAL

Comencemos por precisar la noción de “órgano del sistema legal”. Kelsen propuso un concepto parecido, aunque más acotado, el de “oficial legal”, refería que:

Los actos a través de los cuales las normas de un orden legal son puestas o creadas comprenden actos legislativos, actos constituyentes de costumbre obligatoria, actos judiciales, actos administrativos y transacciones de derecho privado, en particular contratos. Estos actos se caracterizan aquí como actos legales, y los individuos autorizados por el orden legal para llevarlos a cabo se caracterizan como oficiales legales.³³⁶

Así, para Kelsen, el oficial legal tiene al menos las siguientes características: puede estar constituido por una o varias personas; su función es poner o crear normas (ejecutar actos legales); las normas que crea pueden ser generales (leyes y disposicio-

³³⁶ Kelsen, Hans, “The Concept of the Legal Order” (1958), *American Journal of Jurisprudence*, vol. 27, 1982, pp. 64 y 65.

nes administrativas) o particulares (sentencias y contratos); pueden ser calificados de públicos (al crear leyes) o privados (al crear contratos) y en ese sentido pueden pertenecer al Estado (congreso, jueces) o a la sociedad civil (al crear costumbres y contratos); si pertenecen al Estado pueden ser de cualquiera de los tres poderes: ejecutivo, legislativo o judicial, y se puede inferir que los oficiales legales no actúan a nombre propio, sino a nombre y representación del sistema jurídico. El concepto que se propone de órgano del sistema legal es una modificación ampliada del de oficial legal propuesto por Kelsen. Analicemos sus alcances.

Hemos visto que el derecho regula conducta humana, cuando se dice que el derecho internacional se encarga de regular las relaciones de los Estados entre sí o bien que el derecho comercial regula los actos de las empresas, se habla figurativamente, en realidad lo que se regula es la conducta de un ser humano en su calidad de órgano del subsistema legal llamado Estado o Sociedad Anónima. Así, en principio el órgano de un sistema legal puede estar constituido por una persona o por una pluralidad de personas, de forma que tanto las figuras de presidente de la República como de Congreso, ambas son ejemplos de órganos de un sistema jurídico, el

primero constituido por una sola persona, el segundo por una pluralidad de ellas.

El derecho puede ser entendido como una matriz que ubica personas y situaciones en forma ideal, y que su función normativa pretende llevar el comportamiento humano real a dicho estado ideal. La idealidad generada de ninguna manera duplica (es imposible) a la realidad, ni lo pretende. A la idealidad jurídica no le importa normar todo acto humano, como puede ser el ver la salida del sol o el soñar. A la idealidad normativa le importa guiar ciertos actos de los hombres bajo ciertas circunstancias. Pensemos en un hombre que sea juez. La naturaleza de juez no es consubstancial a la de ese hombre, sino accidental, es decir, no todo acto de dicho hombre, como comprar una cerveza, puede ser atribuido a la figura de juez, aunque tanto la compraventa como el dictar sentencia sean actos regulados por el sistema legal.

Así pues, los actos de los hombres son atribuidos por la idealidad normativa a ciertas figuras: comprador, vendedor, homicida, director de una compañía, defraudador, diputado del pueblo, juez, padre, hijo, heredero, policía, fiscal. En todos estos casos el hombre que se ubica en los supuestos ideales, que en muchas ocasiones puede ser el mismo ser humano, pero con diferente uniforme, actúa como

órgano del sistema jurídico. Los órganos del sistema legal llevan a cabo una función (deber, facultad, potestad) prevista por dicho sistema, al ejecutar dicha función dan vida al sistema legal.

Los órganos del sistema legal no solamente crean disposiciones jurídicas, generales o particulares, sino que también aplican las disposiciones jurídicas. Los órganos del sistema jurídico, al llevar a cabo las funciones encomendadas por el sistema legal necesariamente identifican: las disposiciones legales que les dan competencia, y localizan y seleccionan aquellas disposiciones legales que aplican. Así, por ejemplo, el parlamento inglés cuando escucha el discurso de la reina actúa como órgano del sistema jurídico del Reino Unido. También es órgano, ahora del sistema legal norteamericano, la Suprema Corte de los Estados Unidos al decidir una controversia.

1. *Órganos públicos y privados*

El Parlamento inglés y la Suprema Corte de los Estados Unidos, son clasificados por la mayoría de los abogados como entes públicos. ¿Es necesario tener la característica de público para ser considerado órgano del sistema legal? La respuesta es no, el comprador al realizar una compraventa realiza

una función encomendada por el sistema legal, en este caso ejerce una potestad otorgada por el sistema, y por ende actúa como su órgano.

¿Tiene utilidad distinguir entre órganos públicos y privados? La respuesta es sí, pero para que dicha distinción resulte útil es importante matizar qué entendemos por público. Tradicionalmente lo público se refiere al poder estatal. Hemos sostenido que existen sistemas jurídicos, como el eclesiástico y el internacional, que no se enmarcan en la figura del Estado nacional, y sin embargo, los mismos tienen órganos que pueden ser calificados de públicos o privados.

En Roma la *res publica* refería a las cosas cuyo uso era común al pueblo romano (patricios), quedando *privados* de dicho uso las demás naciones (plebeyos).³³⁷ Con la aparición del Estado nacional, el binomio patricio-plebeyo (público vs. privado), se transformó en Estado vs. sociedad civil. En este mundo global el binomio debe ser contextualizado nuevamente. Por público referimos lo que tiene contenido social, que se realiza a nombre de la comunidad jurídica, por privado aquello relativo al interés individual. El binomio público vs. privado no puede ser referido en el sentido soberano vs. súbdito, sino en el contexto sistema legal (como

³³⁷ Petit, E., *op. cit.*, nota 331, § 140, 2.

vehículo por excelencia de coordinación social) vs. intereses particulares. Por ejemplo, el verdugo que se encarga de hacer cumplir una sentencia de muerte no actúa a nombre propio, sino a nombre del sistema legal, como su representante, ejecutando un mandato de otro órgano de dicho sistema legal.

Ross sostiene que las autoridades públicas en un sistema legal son aquellas que detentan el monopolio del uso de la fuerza.³³⁸ Esto, si bien es cierto puede resultar engañoso por limitado. Fuera del contexto Estado nacional, los órganos públicos de un sistema legal son aquellos que realizan funciones con contenido social. Cuando a un integrante del sistema legal se le otorga competencia para la protección no de sus intereses, sino de los intereses de la comunidad jurídica es un órgano público del sistema social. El uso de la fuerza es un caso especial de interés social, pero existen otros tantos casos de interés social.

Así, por ejemplo, un tribunal arbitral (normalmente calificado de privado) constituido por dos partes que no pertenecen al Estado, para dirimir una controversia, es un órgano público del sistema legal, ya que realiza una función social encomendada por el sistema jurídico. En el caso de un contrato, las voluntades de cada uno de los contratan-

³³⁸ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 203.

tes pueden ser calificadas como órganos privados, pues representan el interés de cada uno de los pactantes, pero la voluntad convencional, la que nace de la comunión de los intereses privados, la que da vida a la norma contractual, esa es un órgano público, pues socializó dos voluntades en el contrato. El mismo razonamiento se aplica a la voluntad legislativa, cada diputado tiene su interés partidista, pero la voluntad de todos, la voluntad legislativa es una voluntad negociada, socializada y es la que da vida a la disposición jurídica denominada ley.

2. *Órganos autoritativos*

Cada órgano del sistema legal, público o privado, que ejerce una función encomendada por el sistema jurídico tiene necesidad de identificar la disposición jurídica aplicable. Si consideramos que la interpretación de cada participante en el sistema legal es igualmente válida, es decir, que las disposiciones jurídicas son auto-interpretativas,³³⁹ podríamos caer en el caos de interpretaciones contradictorias. Frente al conflicto de que un órgano del sistema legal identifique una disposición como parte del sistema jurídico y otro órgano rechace dicha identificación surge la pregunta ¿cuál identifica-

³³⁹ Koskenniemi, Martti, *op. cit.*, nota 98.

ción debe considerarse como la correcta? En este caso, los sistemas legales estatuyen de poderes especiales a determinados órganos del sistema jurídico para que realicen una determinación autoritativa respecto a determinada situación legal. La identificación autoritativa puede darse de un órgano perteneciente al Estado, por ejemplo, un juez, o bien de un órgano perteneciente a la sociedad civil, por ejemplo, un tribunal arbitral. Sin embargo, la determinación autoritativa siempre se da por un órgano que realiza funciones sociales (órgano público), a nombre de la comunidad jurídica, no a nombre particular. El que la determinación de dichos órganos, llamados por Raz “órganos primarios”,³⁴⁰ sea autoritativa, es decir, vinculativa, significa que la misma se aplica aún si está en contra de otras disposiciones del sistema legal.

Ross sostiene que un sistema legal válido (en el sentido de eficaz) debe definirse como aquél cuyas disposiciones jurídicas son, en los hechos, operativas en las mentes de los órganos primarios, quienes les sienten socialmente obligatorias. Por esta razón, el derecho debe buscarse primariamente en la aplicación judicial de las disposiciones jurídicas y en segundo lugar en las acciones individuos.³⁴¹

³⁴⁰ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 48, p. 108.

³⁴¹ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 34.

La conclusión de Ross es cierta, las premisas puede ser cuestionadas. Las disposiciones jurídicas deben buscarse, primariamente, en los órganos que deciden autoritativamente, en caso de conflicto, y por lo tanto, con total certidumbre, cuál es la disposición aplicable; secundariamente, en caso de que no exista conflicto debemos buscar las disposiciones legales en las acciones de los restantes órganos del sistema legal, incluyendo las de los órganos de quienes se espera obedezcan dichas disposiciones legales.

3. *Los órganos del sistema legal y la incorporación de disposiciones jurídicas*

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.³⁴²

342 Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 211, p. 154.

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

Debido a lo anterior, 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*.³⁴³ 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 le-

³⁴³ Esta definición es una modificación de la diversa propuesta por Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, *op. cit.*, nota 16, p. 277.

gal, 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. En este caso, no hay forma de evitar concluir que la eficacia de las normas es el criterio decisivo de identificación.³⁴⁴

La concepción de Hart y Raz del sistema jurídico y de los criterios de pertenencia, es una consecuencia de un desplazamiento de puntos de vista. En vez de remitir la identidad del sistema a los actos de promulgación, lo que conduce al problema de la competencia del legislador originario, se propone tomar en cuenta los actos de aplicación.

Hart afirma así, que en todo sistema jurídico existe una disposición jurídica cuya función es identificar las disposiciones jurídicas del conjunto. La regla de reconocimiento es la que suministra los criterios de pertenencia,³⁴⁵ su función es especificar

³⁴⁴ Caracciolo, Ricardo, *op. cit.*, nota 62, pp. 41-43.

³⁴⁵ 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.

“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”.³⁴⁶ Por su parte, Raz justifica el cambio de la promulgación a la aplicación en lo que él denomina la naturaleza institucional del derecho específicamente en cuanto al proceso de aplicación.³⁴⁷ 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 uso compartido de criterios de identificación, pero no proporciona una teoría acerca de cuales son esos criterios. Raz, por su parte, parece caer en contradicción cuando señala que “un sistema jurídico momentáneo *contiene* todas, y solamente todas, las normas *reconocidas* por un órgano jurídico primario de aplicación”,³⁴⁸ y poco tiempo después sostener la distinción entre pertenencia de una norma jurídica a un sistema legal y su aplicación por dicho sistema.³⁴⁹

Una disposición jurídica que se aplica, aunque no haya sido previamente emitida por órgano algu-

346 Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 88, p. 92.

347 Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 48.

348 Énfasis nuestro. *Cfr.* Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 192.

349 Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 48, pp. 119 y 120.

no 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. En este sentido 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.³⁵⁰

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, pre-

³⁵⁰ Raz, Joseph, "Voluntary Obligations and Normative Powers", en Paulson, Stanley (ed.), *Normativity and Norms. Critical perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 457.

sentan una relación genética 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 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.³⁵¹ 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 si su aplicación.

Raz sostiene que la disposición jurídica derivada y puede autorizar su propia creación, es decir, con-

³⁵¹ 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) el 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 2, pp. 67 y 68.

tener x ; desde nuestra explicación también debe contener por tanto, $v(x)$ y $v(y)$; esta disposición jurídica que guarda relación genética consigo misma, se le denomina autorreferente.³⁵² Esta reflexividad entre la misma disposición jurídica, sin embargo, es considerada imposible para Ross y Kelsen, quienes opinan que todo sistema legal tiene que estar basado en una hipótesis que constituye su autoridad suprema, pero que no fue creada por autoridad alguna. Esta hipótesis existe solamente en la forma de la ideología política que forma el presupuesto del sistema legal.³⁵³

³⁵² Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 138.

³⁵³ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, pp. 81 y 83; Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 14, p. 137.