

I. CONCEPTOS PREVIOS

1. *Orden vs. sistema*

La idea de orden ha sido ampliamente utilizada por las aproximaciones funcionalistas, estructuralistas y organicistas de las ciencias sociales. Así, por ejemplo, Hegel sostenía que el devenir humano debe entenderse como un progreso, movimiento constante de una etapa primaria de desorden a etapas superiores de orden.⁷ La ciencia política vincula la idea de orden, al concepto de estabilidad, al mantenimiento del *status quo*.⁸ El orden como la buena disposición de las cosas entre sí sugiere, por tanto, concebir *ex ante*, la buena disposición para poder compararla con el desorden o la mala disposición.

La ciencia jurídica ha manejado para un mismo fin diversas expresiones: “orden jurídico”, “sistema

⁷ Hegel, Guillermo Federico, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Buenos Aires, Revista de Occidente, 1946, pp. 120 y ss.

⁸ “Ordre”, en Arnaud (coord.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, París, Librerie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988, pp. 278 y ss.

legal”, “sistema jurídico”, “orden legal”, todas ellas son utilizadas por los traductores de manera indistinta;⁹ sin embargo, los términos expresan connotaciones bien diferentes. La voz *legal system*,¹⁰ ampliamente utilizada en la tradición jurídica anglosajona,¹¹ hace referencia a un conjunto de disposiciones jurídicas que de alguna manera están conectadas entre sí e insiste sobre la coherencia lógica de las relaciones.

El término “orden jurídico”, más utilizado por la tradición romano-germana, ha sido utilizado con cierto sabor sociológico al evocar la cultura social que da sustento a las normas jurídicas. Santi Romano, por ejemplo, señala que el ordenamiento jurídi-

⁹ Cfr. Rolando Tamayo y Salmorán, en la nota 11 de su traducción al *Post scriptum al concepto del derecho* de Hart, Raz, Joseph (ed.), México, UNAM, 2000, p. 12.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

CONCEPTOS PREVIOS

5

co es más que un sistema de normas que se concatenan lógicamente, para dicho autor el ordenamiento jurídico no es una simple reunión (conjunto) de normas, sino la entidad creada por tales normas, entidad que tiene vida independiente. En su exposición Santi Romano mezcla de alguna manera al conjunto de las normas legales (el que ordena) con la organización social que pretenden regir (a la que se le ordena).¹²

Sin carga sociológica, el término “orden” ha sido utilizado para referir un conjunto de disposiciones jurídicas donde no existen contradicciones normativas, es decir, para señalar a los sistemas jurídicos consistentes, aquellos donde no existen simultáneamente una disposición que ordene llevar a cabo cierta conducta y otra que ordene no llevar a cabo (prohíba) la misma conducta, siendo por lo tanto ambas normas x y $\neg x$ parte del mismo sistema jurídico. Kelsen distinguió entre órdenes y sistemas jurídicos, señalando que los primeros tenían como característica ser consistentes; en el orden jurídico el caos se convierte en cosmos y “la multiplicidad de normas jurídicas generales e individuales producidas por los órganos jurídicos... se convierte en un

¹² Santi Romano, *L'ordenamento giuridico*, 2a. ed. (1918), Florencia, Sansoni, 1951, pp. 13, 19, 25-27.

6 RELACIÓN DE DOS SISTEMAS JURÍDICOS

sistema unitario y consistente”.¹³ Kelsen señaló que “dos normas que por su significación son contradictorias y que, por ende, se excluyen recíprocamente desde le punto de vista lógico, no pueden ser consideradas a un mismo tiempo como válidas”,¹⁴ posteriormente señaló que dentro de un mismo sistema legal “no se puede dudar de que existan conflictos entre normas”, y que la única forma de solucionar dicho conflicto es mediante principios del derecho positivo, no de lógica.¹⁵

El término orden legal ha sido utilizado en un tercer sentido. Autores como Bulygin, Moreso y Navarro distinguen entre sistema legal y orden legal, señalando que el primero es un conjunto de disposiciones jurídicas que forman un todo en un momento en el tiempo, mientras que el orden legal es la secuencia de los sistemas jurídicos en el tiempo.¹⁶

¹³ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (1934), trad. de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991, § 16, p. 85.

¹⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado* (1944), trad. de Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1988, p. 446.

¹⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, (1979), México, Trillas, 1994, pp. 131 y 133.

¹⁶ Bulygin, E., “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1991, 9, p. 259; Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, “The Reception of Norms and Open Legal Systems”, en Paulson, Stanley (ed.),

Lo anterior, nos permite percibir el hecho de que no existe una uniformidad en el uso del lenguaje en nuestra familia legal. Parece que la elección de utilizar el término “orden” o “sistema” es un problema terminológico que no causa mayor problema, siempre y cuando quede claro en qué sentido se están utilizando. Queremos evitar la carga sociológica que el término “orden” puede implicar, y preferimos utilizar la voz “sistema” que nos ayuda más a nuestros fines. Indistintamente utilizaremos “sistema legal”, o bien la frase más difundida en nuestra tradición de “sistema jurídico”.

2. *Sistema vs. entorno*

El término “sistema” ha sido utilizado para referir la totalidad constituida por sus partes, mismas que se encuentran coordinadas entre sí según un patrón de manera que contribuyen a determinado objeto. Esta visión, “hacia el interior”, de lo que es un sistema resulta de utilidad, sin embargo, es insuficiente. Refinamientos, “al exterior”, fueron necesarios para entender mejor el concepto de sistema en general y de sistema jurídico en particu-

Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 227.

lar.¹⁷ A partir del estudio de los sistemas hacia el exterior, surge la distinción entre el sistema y su “entorno”. Desde entonces se habla de sistemas abiertos y cerrados; siendo este último un caso extremo para el cual el entorno no tiene significado alguno.¹⁸

Ciertos autores han calificado de cerrados a aquellos sistemas legales que hacen suyas las disposiciones jurídicas que se derivan lógicamente de las normas que pertenecen a dicho sistema jurídico, aunque las primeras no hayan sido emitidas explícitamente.¹⁹ Esta utilización del binomio abierto-cerrado, considera al sistema, y a partir de un análisis de sus elementos califica como suyas o no aquellas disposiciones legales que, aunque no fueron emitidas explícitamente por los órganos autorizados, puede decirse lo fueron tácitamente. El *quid* del asunto subyace entonces en el análisis que nos lleve a determinar lo “tácito”, y si bien la utiliza-

¹⁷ Esta necesidad fue vista por Santi Romano, para quien el ordenamiento jurídico no era la simple suma aritmética de las varias normas que lo integran, sino una unidad en sí mismo, distinguible de sus partes. Santi Romano, *op. cit.*, nota 12, p. 12.

¹⁸ Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos, 1991, p. 31.

¹⁹ Bulygin, Eugenio, “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, en Paulson, Stanley (ed.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 311.

CONCEPTOS PREVIOS

9

ción del binomio abierto-cerrado, anteriormente expresada se puede relacionar con la manejada en este escrito, nosotros partimos de la distinción explícita entre sistema-entorno, y a partir de ahí calificamos al sistema de abierto o cerrado respecto de su entorno.

El binomio sistemas abiertos y cerrados se pensó originalmente como polos opuestos, hoy día se concibe como una relación de gradación. Raz sostiene que todos los sistemas jurídicos pueden ser considerados abiertos, ya que dan fuerza vinculante a normas que no pertenecen al mismo. Así, a mayor número de normas “extrañas” que sean “adoptadas” por el sistema legal, más abierto será el mismo.

El término que se utiliza para calificar 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 con independencia del ángulo de observación de los otros.²⁰

Todo sistema está orientado a su entorno, por ejemplo, el sistema jurídico se orienta a la sociedad que busca regular y a otros sistemas normativos como la moral. El pensar en un sistema asilado de su

²⁰ Luhmman, Niklas, *op. cit.*, nota 18, p. 33.

entorno no tiene sentido. Un sistema sin entorno no existe. El contacto entre el sistema y su entorno es permanente, a cada instante, nunca ocasional. La diferencia que establece el mismo sistema frente a su entorno crea la “autorreferencia”.²¹ Los sistemas se constituyen y se mantienen mediante la creación y conservación de la diferencia con su entorno, y utilizan la idea de fronteras o límites para asegurar dicha diferencia. Esta diferencia es premisa para la función autorreferencial. La diferencia confiere unidad a lo diferente.²²

3. *Subsistemas*

El análisis hacia el interior de un sistema puede hacerse en dos vertientes: *a)* mediante la identificación de sistemas parciales (subsistemas), y *b)* a través de la descomposición de los elementos que integran el sistema y el estudio de las relaciones existentes entre dichos elementos.²³

En cuanto a la primera, debe señalarse que el proceso de diferenciación de sistemas entre sí, puede dar lugar a la formación de sistemas (parciales o

²¹ También se utiliza el término autoorganización o auto-poiesis.

²² Luhmman, Niklas, *op. cit.*, nota 18, p. 40.

²³ *Ibidem*, p. 44.

subsistemas) dentro de un sistema (global). Lo anterior es posible sólo si la relación entre el sistema y el entorno es analizada como una relación al interior del sistema global. En efecto, debido a la auto-referencia, cada sistema tiene un entorno distinto; cada subsistema del sistema global tendrá, por tanto, un entorno diferente a otros subsistemas y al del sistema global, al cual está vinculado. Así, el sistema global pasa a formar parte del entorno de los sistemas parciales.

La diferenciación entre los sistemas parciales y el global puede basarse en un principio de jerarquía, pero esto es simplemente un caso particular de diferenciación. 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*.²⁴

4. *Elementos y relaciones de un sistema*

Un sistema puede analizarse identificando sus elementos y las relaciones entre éstos. Los elementos de un sistema adquieren calidad de tales solamente si se les considera relacionalmente, dentro

²⁴ Los principios también se conocen por *auctoritas posterior*, *auctoritas superior*, *auctoritas specialis*.

de un sistema legal. Kelsen señalaba, por ejemplo, que “es imposible entender la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una regla aislada”.²⁵ Cuando un órgano del sistema 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.²⁶ Por ello, no puede sostenerse la idea del carácter final, sustancial y ontológico de los elementos de un sistema legal.²⁷ El elemento no puede ser definido en abstracto, sin precisión al sistema al que pertenece, lejos de los otros elementos y de las relaciones sistémicas, el elemento se define como tal al ser concebido en su relacionalidad con el sistema.

Kant fue el primero (1797) en distinguir la posesión sensible, empírica, física, de un objeto de la posesión inteligible, racional, jurídica, del mismo; dicha distinción dio lugar a la moderna teoría de la propiedad, la cual postula que ésta no es una situa-

²⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 14, p. 3.

²⁶ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 71.

²⁷ Luhmman, Niklas, *op. cit.*, nota 18, p. 45.

ción de hecho.²⁸ La teoría kantiana ha contrapuesto el *sollen* (mundo del deber) con el *sein* (mundo del ser). A partir de esta distinción, algunos autores han concebido a la norma, elemento fundamental de un sistema jurídico, como una “entidad ideal” que vive en un mundo platónico, y que conserva su existencia con independencia del comportamiento mostrado en la realidad por el ser humano. En este extremo, las disposiciones jurídicas, son concebidas con carácter ontológico. Esta visión platónica de la teoría kantiana ha llevado a malas interpretaciones.

En efecto, los elementos de un sistema jurídico, las disposiciones jurídicas,²⁹ no son entidades objetivamente dadas, sino construcciones del intelecto humano, intelecto que produce conceptos y otras estructuras con significado, con ayuda del lenguaje que soporta el razonamiento y el discurso.³⁰ Es importante señalar que esta visión de las disposiciones jurídicas, es completamente consistente con la

²⁸ Kant, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho* (1797), México, UNAM, 1978, pp. 51 y ss.

²⁹ Disposición jurídica o disposición legal son utilizados indistintamente en el cuerpo de este escrito.

³⁰ Weinberger, Ota, “The Expressive Conception of Norms: An Impasse for the Logic of Norms”, en Paulson, Stanley (ed.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 415.

distinción kantiana entre fenómenos y noúmenos, ambos concebidos como objetos del intelecto humano en cuanto pensados y no como la contraposición entre el mundo de las cosas y las ideas,³¹ y si bien las disposiciones jurídicas pueden ser consideradas como noúmenos, ello es muy lejano a considerarlas entes vivientes en un mundo platónico.

Concebir al derecho como idea nos permite pensar en los sistemas legales como redes de densidad infinita que conectan relaciones jurídicas. Una rela-

³¹ Discutiendo si existen conocimientos más allá de toda experiencia, es decir, *a priori*, Kant define al fenómeno (*Phaenomenon*) como el “concepto sensible de un objeto”. Cfr. Kant, I, *Crítica de la Razón Pura*, México, Porrúa, 1982, p. 100.

El fenómeno kantiano (*concepto de un objeto*) debe distinguirse del *objeto* mismo; pues los fenómenos (*phaenomena*) son “los objetos sensibles en cuanto pensados”. *Ibidem*, p. 147 y la realidad (*realitas phaenomenon*) “lo que en la intuición empírica corresponde a la sensación”. *Ibidem*, p. 110.

Kant contrapone al *fenómeno*, los *noúmenos* y sostiene que ciertos conceptos, como Dios o libertad, surgen del entendimiento no basado en la experiencia, sino de una “intuición,... no sensible (*como coram intuitu intellectuali*)”. Estos conceptos son llamados “*noumena (intelligibilia)*... los fenómenos no son más que representaciones... Pero en lo que se refiere a la causa por la cual, no siendo satisfactorio el sustrato de la sensibilidad, se han añadido además de los *fenómenos*, los *noúmenos* que sólo el entendimiento puro puede pensar... *noúmeno*... significa tan sólo el pensamiento de algo en general, en el cual hago abstracción de toda forma de la intuición sensible...” *Ibidem*, pp. 147 y ss.

ción jurídica constituye así un patrón de potencialidad en el cual las personas y situaciones pueden ser ubicadas. El derecho forma una matriz que identifica personas y situaciones en forma abstracta, como idea. La red de relaciones jurídicas constituye una “realidad legal” paralela a la “realidad social” y cada posible aspecto de esta última tiene un segundo significado en la primera.³²

En este sentido se ha dicho que:

...el acontecimiento externo... es un trozo de la naturaleza... El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se

³² Allot, P, “The Concept of International Law”, *European Journal of International Law*, 1999, p. 36. Esta realidad jurídica paralela posee su propia lógica, y se estudia por lo que se ha denominado la dogmática jurídica, definida como el oficio intelectual que sigue ciertos cánones reconocidos, el metalenguaje del derecho, el conjunto de reglas, conceptos y definiciones que nos permiten una “lectura jurídica” del derecho mismo, es decir, que se lee el derecho no en forma literal, sino a través de la jurisprudencia dogmática se analiza el material, se ponderan argumentos, se verifica su consistencia con el propósito de determinar el derecho aplicable a una situación de hecho. Esta jurisprudencia o esquema de interpretación opera de manera dogmática: sus doctrinas no se hacen explícitas ni se justifican. *Cfr.* Berman, Harold J, “The Origins of Western Legal Science”, *Harvard Law Review*, Cambridge, March 1977, vol. 90, núm. 5.

refiere a él con su contenido... La norma funciona como un esquema de explicitación... el enunciado de que un acto de conducta humana, situado en el tiempo y el espacio es un acto de derecho (o, un acto contrario a derecho) es el resultado de una explicación específica, a saber, una explicación normativa.³³

Si bien el lenguaje jurídico parece indicar que la realidad legal se ubica más allá del tiempo y el espacio de la realidad mundana, no se puede decir que al realizar una compraventa se produzcan ciertos efectos invisibles.

El derecho es normativo ya que tiene como propósito influenciar el comportamiento de los hombres en la realidad, en los hechos,³⁴ en este sentido el mundo normativo parece estar alejado del mundo real, sin embargo, el significado social y funcional del derecho no es etéreo, sino práctico. El reino de lo normativo aparece bajo esta visión como una alternativa del mundo real, la función de lo normativo es llevar a los seres humanos a alcanzar tal ideal. La función de las normas no es vivir en la idealidad, sino conectar el mundo del ser con el del deber

³³ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 17.

³⁴ Ross, Alf, *On law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1974, p. 159.

CONCEPTOS PREVIOS

17

ser.³⁵ El presente con el mañana, modificar la dictadura de la realidad, del pragmatismo, del así ha sido, para hacer posible las aspiraciones de un mejor será.³⁶

Las disposiciones jurídicas, los elementos de un sistema jurídico no tienen, por tanto, carácter ontológico, sino que solamente pueden ser elementos dentro de su sistema legal. El sistema los utiliza y únicamente dentro del mismo llegan a existir. Un contrato, por ejemplo, sólo puede existir como tal dentro de un sistema legal que lo reconozca. Una compraventa sólo puede existir si se presuponen otras tantas instituciones jurídicas, como, por ejemplo, la institución del derecho de propiedad, que le dan vida dentro del sistema legal.

Una de las consecuencias más importantes de que los elementos sólo existan dentro de su sistema y para el sistema, es que los sistemas de orden superior, pueden ser de una complejidad menor que los de un orden inferior; pensemos, por ejemplo, en un sistema legal federal y los sistemas estatales pertenecientes a éste, o bien una ley y un regla-

³⁵ Von Wright, Georg Henrik, "Is and Ought", en Paulson, Stanley (ed.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 375.

³⁶ Allot, Philip, "Reconstituting humanity - New International Law", *European Journal of International Law*, vol. 3, núm. 2, 1992.

mento. Esto es así porque el sistema mismo (el reglamento) y no algún otro al que esté vinculado (la ley), es el que determina la unidad y el número de elementos de los que está constituido, el sistema determina su autorrefencialidad. 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.³⁷

Respecto a las relaciones de un sistema legal se han propuesto sistemas con o sin estructura interna. Un sistema jurídico está basado en el principio de independencia, si no tiene estructura interna.³⁸ Un sistema legal no tiene estructura interna, si cada elemento que lo integra es una unidad independiente cuya existencia, significado o aplicación no está lógicamente afectada por otras disposiciones jurídicas. En este contexto, el sistema es concebido simplemente como una reunión de disposiciones jurídicas, sin mayor coherencia lógica entre ellas.

En ocasiones se ha hecho la distinción entre conjunto legal, simple reunión de disposiciones jurídicas sin conexión entre ellas, y sistema legal, reunión de disposiciones jurídicas, pero conectadas entre sí. Al respecto cabe señalar que la definición

³⁷ Luhmman, Niklas, *op. cit.*, nota 18, p. 46.

³⁸ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, pp. 25 y 26.

CONCEPTOS PREVIOS

19

de conjunto incluye tanto a la reunión simple de elementos como a la reunión relacionada de los mismos. En efecto, la teoría de conjuntos define a un conjunto S como la reunión de *elementos* susceptibles de tener entre ellos, o con elementos de otros conjuntos, ciertas relaciones, debido a lo anterior, a veces se le denomina al conjunto también como la *clase* de elementos. Así, por ejemplo, decimos el conjunto N de los *enteros positivos* $\{1, 2, 3, \dots\}$.³⁹

La expresión $x \in S$ se lee: x pertenece a S , o bien x es un elemento de S , o bien x está en S , o bien S posee a x . Así, por ejemplo, podemos decir que “ $2 \in N$ ”. Si x, y designan elementos de S , entonces $x = y$ (x igual a y) expresa que ambos designan el mismo elemento, y $x \neq y$ (x diferente de y) expresa que designan elementos distintos.

Así, un conjunto puede o no tener elementos relacionados. En efecto, sea P una *propiedad* que todo elemento x de S posee o no posee $\{x \in S \mid x$ tiene la propiedad $P\}$, designa el conjunto de todos los elementos de S que tienen la propiedad P ; puede leerse: el conjunto de los x en S tales que x tiene la propiedad P .

La mayoría de los autores considera que un conjunto de disposiciones jurídicas desconectadas, to-

³⁹ Las llaves $\{\dots\}$ designarán conjuntos.

talmente independientes entre sí, no puede ser llamado sistema legal. Para que un sistema nazca, cierta complejidad es necesaria;⁴⁰ es decir, todo sistema propiamente denominado como tal debe tener estructura interna, y no es posible concebir a los elementos de un sistema sin vinculaciones relacionales,⁴¹ ya que si no las tuvieran no formarían un sistema. En este sentido no se puede concebir a un sistema jurídico como una agrupación o conjunto simple de disposiciones legales, que no guardan relación alguna entre ellas.

En cuanto a la estructura de un sistema debe distinguirse entre: relaciones entre elementos, y relaciones entre relaciones. Los sistemas para dejar de ser simples conjuntos de cosas necesitan relacionar los elementos, pero también necesitan *relacionar* las relaciones, condicionarlas. A mayores condicionamientos, mayor “complejidad” del sistema. Los sistemas sufren un proceso relacional que se puede denominar “selección”, no se trata de sumar elementos y relaciones, sino de seleccionar entre una infinidad de posibilidades. La selección de la complejidad implica tiempo. La selección constituye, en cierta forma, la dinámica de la complejidad.

⁴⁰ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 141.

⁴¹ Luhmman, Niklas, *op. cit.*, nota 18, p. 44.

Mediante la selección los sistemas se transforman constantemente, en relación con su entorno. Visto materialmente, los sistemas combinan determinación e indeterminación; y visto temporalmente, estabilidad e inestabilidad. Cada elemento del sistema es al mismo tiempo determinado e indeterminado. Determinado en cuanto a su actualidad instantánea, indeterminado en cuanto a su valor sucesivo. No existe requerimiento lógico para que un sistema tienda a la estabilidad o a la inestabilidad, a la permanencia o a la destrucción. Las posibilidades están abiertas.

La dinámica de los sistemas ha llevado a distinguir entre sistemas momentáneos y continuos. Podemos definir un sistema jurídico momentáneo como el conjunto, en un momento dado, de todas las disposiciones jurídicas explícitamente⁴² emitidas⁴³ por los órganos competentes de dicho sistema le-

⁴² Alchourrón y Bulygin incluyen también a los enunciados que aunque no han sido explícitamente emitidos por las autoridades competentes son consecuencia lógica de ellos. *Cfr.* Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “The Expressive Conception of Norms”, en Paulson, Stanley (ed.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 391.

⁴³ Nosotros sostendremos más adelante, al contrario de Raz, que también pueden incluirse los reconocidos, pero ello implica reconocer el papel fundamental de las fronteras en la apertura de los sistemas legales.

gal. Una ley inglesa emitida en 1906 y derogada en 1927, y una ley inglesa emitida en 1948 y aún vigente, pertenecen ambas al mismo sistema jurídico continuo, sin embargo, no pertenecen al mismo sistema jurídico momentáneo porque no forman parte del mismo conjunto de disposiciones jurídicas en el mismo momento.⁴⁴ En este sentido se ha dicho que los sistemas jurídicos momentáneos son conjuntos mientras que los sistemas jurídicos continuos son familias de conjuntos.⁴⁵

Nada en teoría de conjuntos impide que llamemos a una familia de conjuntos un conjunto de conjuntos, es decir, que ciertos sistemas jurídicos momentáneos sean subconjuntos de un sistema jurídico continuo. Un conjunto X de elementos de S se llama subconjunto de S ; se simboliza $X \subseteq S$ (X está contenido en S). La notación $X \subseteq S$ no excluye la posibilidad de que X sea igual a S . Es decir, todo conjunto es subconjunto de sí mismo. Cabe señalar que una propiedad P define un subconjunto de S , a saber el conjunto de elementos que poseen tal propiedad.

Un sistema jurídico momentáneo es así un subsistema (subconjunto) de un sistema jurídico continuo. Por cada sistema jurídico momentáneo existe

⁴⁴ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 34.

⁴⁵ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *op. cit.*, nota 42, p. 390.

un sistema jurídico continuo que lo contiene. Dos diferentes sistemas jurídicos momentáneos, X y Y , que son subsistemas del mismo sistema jurídico continuo S pueden tener todos sus elementos idénticos, $X = Y$, o solamente algunos de ellos de forma que la intersección $X \cap Y \neq \emptyset$, o pueden no tener ninguno en común y ser distintos, $X \cap Y = \emptyset$. Suponemos que un sistema legal momentáneo X , nunca es vacío, $X \neq \emptyset$; esto es, todo sistema jurídico tiene al menos una disposición jurídica que lo integra, ya que un sistema jurídico no puede al mismo tiempo existir y no tener ninguna disposición jurídica como elemento. Bajo este requerimiento también es cierto que un sistema jurídico continuo S nunca tendrá como único elemento un sistema momentáneo X .⁴⁶ En un símil, el sistema jurídico momentáneo es una fotografía, mientras que el continuo es una película.

5. *La frontera de un sistema legal*

El estudio de los criterios que determinan qué disposiciones legales son elementos de un sistema legal y cuáles no lo son es el problema de la identidad de los sistemas legales.⁴⁷ A partir de la distin-

⁴⁶ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 35.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 1.

ción entre sistemas legales momentáneos y continuos, la identidad puede ser analizada desde un aspecto dinámico o estático: la cuestión de si dos sistemas jurídicos momentáneos forman parte de un mismo sistema jurídico continuo, es decir, si ciertos conjuntos X , Y , son subconjuntos de S , y determinar si cierta disposición jurídica, un contrato por ejemplo, forma parte o no de determinado sistema jurídico momentáneo, es decir, si cierto elemento forma parte de cierto conjunto, si $x \in S$, esto implica identificar la extensión o alcance de dicho sistema jurídico.⁴⁸ En ambos casos, se trata en última instancia de determinar las exigencias de S , para que un x pueda ser considerado $x \in S$. De otra manera, determinar qué propiedades P debe tener x para que $x \in S$ dado que $S = \{x \text{ tiene la propiedad } P\}$.

Identificar el alcance de un sistema legal no es otra cosa que establecer sus límites. Pero ¿qué es un límite? Pensemos en un espacio E de m dimensiones, representado como E^m . Un elemento x de E^m es una m -upla, $x = x_i = (x_1, x_2, \dots, x_m)$. Así, si E es un espacio de dos dimensiones, E^2 , la coordenada $x = (2, 4)$ es un elemento de dicho espacio, $x \in E^2$.

⁴⁸ Raz, Joseph, "The Identity of Legal Systems", *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, OUP, 1979, pp. 81 y 187.

Pensemos que S es un subconjunto de E^m , $S \subseteq E^m$. Al respecto, Santi Romano sostenía que el ordenamiento jurídico era un ente que podría tener correlaciones con otros entes de forma que desde otro punto de vista el ordenamiento jurídico sea una parte más o menos integrante de ellos.⁴⁹ Se dice que un punto z , donde $z \in E^m$, es *adherente*, al conjunto S , si existe una sucesión de puntos (elementos) de S que tienden o 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 adherentes. Dicho de otra manera, un conjunto es cerrado si y sólo si todos los puntos a distancia cero del conjunto pertenecen al conjunto.⁵⁰

Señalar la clausura de un conjunto, los límites, es diferenciar, distinguir, separar. La frontera sugiere un hasta aquí, no puede ser pensada sin un detrás y presupone, por lo tanto, la realidad de un más allá y la posibilidad de ser traspasada. Para definir la frontera de un sistema legal S necesariamente de-

⁴⁹ Santi Romano, *op. cit.*, nota 12, pp. 38, 106.

⁵⁰ Debreau, Gerard, *Teoría del valor*, Barcelona, Bosch, 1973, pp. 15 y ss.

bemos suponer que dicho sistema legal está contenido en un conjunto más grande al que pertenece por poseer ciertas características, pero de cuyos otros elementos (la moral, la religión, otros sistemas normativos) se distingue por esas mismas características. S es pues un subconjunto de E^m , $S \subset E^m$, de forma que pueden 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 $x \in S$, de ninguna manera implica que no pueda darse que $x \in X$, 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 intersectan. El que $X \cap S \neq \emptyset$ significa simplemente que $x \in X$ y al mismo tiempo $x \in S$. Cabe señalar que la valoración de que $x \in X$ se realiza desde X , mientras que la valoración $x \in S$, se realiza desde 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, $x \notin S$, aunque $x \in E^m$. Desde el punto de vista del sistema legal S , el que x

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

Aún 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 (relaciones) internas como externas, las primeras son las relaciones entre los elementos del sistema y de los elementos con el sistema, las segundas las 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. Los sistemas se adaptan, mediante el cambio de límites y de relaciones externas, a su entorno, y mediante cambios en sus relaciones internas se acomodan a su propia complejidad. Los sistemas, para sobrevivir, deben ser capaces de afrontar sus insuficiencias, tanto internas como respecto a su entorno.⁵¹

Mediante la ubicación de zonas fronterizas los límites cumplen la función de acoplar y separar; desempeñan así una tarea de estabilización del sistema y, por lo tanto, son una estrategia desarrollada por el mismo sistema, se trata de límites autogenerados. No obstante lo anterior, la autogeneración no significa que los límites sean definidos sin tomar en cuenta el entorno.

⁵¹ Luhmman, Niklas, *op. cit.*, nota 18, pp. 51 y ss.

Recordemos que la idea de adherencia, clausura, límites o frontera 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.⁵²

Tradicionalmente, la teoría jurídica ha buscado definir los límites legales únicamente con herramientas de la teoría jurídica, sin hacer caso alguno a criterios meta jurídicos, ya 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 universo. Desde esta perspectiva el resto del universo, todo aquello que no pertenece a S , es un elemento meta jurídico. 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 un hecho, no como de-

⁵² Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 189.

recho.⁵³ Las disposiciones jurídicas que no son parte del sistema legal, se encuentran, por tanto, fuera del mundo jurídico (*su mundo*). Una disposición jurídica de otro sistema legal es como una calle cuya existencia “es una cuestión de hecho y no de derecho y sólo es demostrable en una forma material; por... conocimiento directo y sensible de... [la] ...cosa”.⁵⁴ Así, desde el punto de vista del derecho nacional “cuando un acto se celebra en un Estado para tener efectos o ser ejecutado en otro... tiene que precisarse cuál es el sistema jurídico que regula... quien funde su derecho en leyes extranjeras, tiene la carga procesal de probar la existencia de las mismas y que son aplicadas al caso... en este sentido no opera la regla del sistema jurídico nacional de que el derecho no es materia de prue-

⁵³ “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* (Merits), PCIJ, Serie A, núm. 7, 1926, p. 19.

⁵⁴ CALLES EXISTENCIA DE LAS. ES UNA SITUACIÓN DE HECHO Y NO DE DERECHO. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Amparo directo 1443/90. Baco, S. A., 30 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: María Guadalupe Saucedo Zavala. Octava Época, volumen VIII, noviembre, página 167.

ba”,⁵⁵ “una excepción a la regla general de que una sola relación jurídica no puede regirse al mismo tiempo por dos sistemas jurídicos diversos”.⁵⁶ Esta posición desde sí mismo, con independencia del otro, es una soberbia similar a la de aquellos que al llegar a América alegaron no haber encontrado civilización suficiente.⁵⁷

⁵⁵ DERECHO EXTRANJERO. PUNTOS DE CONEXIÓN QUE LO HACEN APLICABLE. Amparo directo 10523/2000. Víctor Vasarhelyi, alias Vasarely, hoy sus herederos André Vasrhelyi y Jean Pierre Vasarhelyi, alias Yvaral. 12 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario José Álvaro Vargas Ornelas. Novena Época, volumen XIV, página 1312, fecha de publicación: septiembre de 2001.

⁵⁶ DERECHO EXTRANJERO. LA VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO QUE SURTIRÁ EFECTOS EN MÉXICO, DEBE ANALIZARSE CONFORME A LA LEY DEL LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL ACTO. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo directo 10523/2000. Víctor Vasarhelyi, alias Vasarely, hoy sus herederos André Vasrhelyi y Jean Pierre Vasarhelyi, alias Yvaral, del 12 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario José Álvaro Vargas Ornelas. Novena Época, volumen XIV, página 1113, Fecha de publicación: octubre del 2001

⁵⁷ “Sostengo que en defensa legal del inocente de la injusta muerte... los españoles pueden prohibir a los bárbaros la práctica de cualquier costumbre o rito nefasto, ya que Dios ha ordenado a cada hombre el cuidado de su vecino”. Vitoria, Francisco, *De Indis* (1539) sobre la pregunta “¿Por qué derecho fueron los indios americanos sujetos a la ley extranjera?”, Pagden, A. y Lawrance, J., *Francisco de Vitoria, Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 288.

¿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 sistemas jurídicos, como puede ser un matrimonio llevado a cabo en el extranjero, sin embargo, la validez otorgada a dichas disposiciones es considerada por el sistema jurídico que las adopta, ajenas.

Kelsen sostuvo al contrario que la “recepción” y “adopción” de disposiciones jurídicas ajenas a un sistema jurídico es un procedimiento abreviado de creación jurídica, por medio del cual se les otorga validez y, por lo tanto, pueden ser consideradas como parte del sistema jurídico receptor.⁵⁸

¿Por qué a pesar de que un sistema legal adopta normas no pueden ser consideradas como suyas? La razón según Raz, radica en que el derecho nacional, además de respaldar el poder del Estado, tiene como característica mantener y apoyar otras formas de agrupación social. Los sistemas jurídicos logran lo anterior al respaldar y otorgar fuerza le-

⁵⁸ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 14, p. 138.

gal a contratos, reglas, costumbres y disposiciones jurídicas de otros países, a través de sus normas de conflicto de leyes.⁵⁹

Raz parte de la observación fáctica de que las normas ajenas a un sistema legal, pero reconocidas por el mismo, no son normalmente consideradas por dicho sistema legal como parte del mismo, aunque las sancione. Para el citado autor, es necesario distinguir entre: una norma que es “reconocida” por ser parte del sistema jurídico, y la norma que se “reconoce”, porque el derecho tiene como función apoyar otros acuerdos y grupos sociales.

Para Raz la razón de que un sistema jurídico reconozca normas que pertenecen a otro sistema normativo (que puede inclusive no ser jurídico), radica en que el primer sistema “pretende respetar” la manera en que fueron creadas por la “otra” comunidad las normas que serán aplicadas.⁶⁰

Diversos autores, a partir de Raz, distinguen entre aplicar (sancionar) una disposición jurídica (reconocerla) y considerarla elemento del sistema jurídico que la aplica (membresía).⁶¹ En este pasaje Raz sostiene que no existe una conexión necesaria entre la aplicabilidad de una disposición jurídica

⁵⁹ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 48, p. 101.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 119 y 120.

⁶¹ Moreso, José J. y Navarro, Pablo, *op. cit.*, nota 16, p. 286.

por una autoridad de un sistema legal y su membresía o pertenencia a dicho sistema jurídico, de forma que disposiciones jurídicas que no necesariamente pertenecen a un sistema legal pueden, bajo ciertas circunstancias, ser aplicadas en tal sistema.

Por otro lado, cabe recordar que no tiene sentido hablar de una disposición jurídica en abstracto, las disposiciones jurídicas sólo existen en un sistema jurídico. Bajo esta visión holística del derecho es posible sostener que todas las disposiciones jurídicas que se aplican pertenecen o pertenecieron a algún sistema, aunque quizá no al que las aplica.⁶²

Una norma no puede existir sin un sistema jurídico de base, una *grundlegung*.

En el caso de Raz, las fronteras de los sistemas legales nacionales son tales que permiten la aplicación de una disposición jurídica ajena, pero ello es insuficiente para considerarla parte del sistema legal que las adopta. Sin embargo, estas fronteras pueden ser movibles y permeables, nada impide que las relaciones entre *S* y su entorno las modifiquen, de forma que el sistema *S* más allá de “adoptar” ciertas normas, las haga suyas.

El análisis de la relación entre diversos sistemas legales se centra en la relevancia que cada uno de

⁶² Caracciolo, Ricardo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, p. 16.

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 sistema legal? La respuesta no puede ser una cuestión de hecho, fuerza física o dependencia económica, sino necesariamente de derecho, se trata de “relevancia jurídica”.⁶³

6. *Otros términos*

La llamada de atención que hace Raz al distinguir entre aplicación y pertenencia de una disposición jurídica a un sistema legal, hace necesario exponer lo que queremos decir cuando utilizamos ciertos conceptos.

El problema no es solamente una confusión lingüística en el uso de la terminología, sino el empleo que de una misma palabra se hace por las diferentes corrientes del pensamiento jurídico. Así, Kelsen no tuvo objeción en referir como sinónimos a algunos términos entre sí. El padre de la escuela de Viena sostenía que “por ‘validez’ entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una

⁶³ Santi Romano, *op. cit.*, nota 12, pp. 144 y 145.

norma es válida equivale a declarar su existencia o —lo que es lo mismo— a reconocer que tiene ‘fuerza obligatoria’ frente a aquellos cuya conducta regula”.⁶⁴ En este pasaje Kelsen identifica tres conceptos: validez = existencia = fuerza obligatoria.

¿Por qué para Kelsen estos tres conceptos pueden identificarse entre sí? La identificación referida puede quedar más clara si recordamos la distinción kelseniana entre el deber subjetivo y el deber objetivo. El subjetivo se corresponde con la orden de un gangster para la entrega de una suma de dinero. En este caso el deber subjetivo se identifica con el querer del gangster. El deber objetivo, por su parte, tiene lugar cuando la conducta “es considerada como debida no sólo desde el punto de vista del individuo que cumple el acto, sino también desde el punto de vista de un tercero no participante”.⁶⁵

Para Kelsen las disposiciones jurídicas son deberes objetivos,⁶⁶ y derivan dicha calidad del hecho de que otra disposición jurídica se los otorga, de una relación internormativa. Así, Kelsen sostiene que el:

⁶⁴ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 14, p. 35.

⁶⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 21.

⁶⁶ Para Kelsen, el término deber incluye órdenes, mandatos, prescripciones, precepciones, prohibiciones, admisiones, permisos y autorizaciones. *Ibidem*, p. 23.

CONCEPTOS PREVIOS

37

que una norma que se refiere a la conducta de un hombre valga, significa que obliga, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma... la pregunta... [a] ...por qué un hombre debe comportarse así... no puede ser contestada mediante la verificación de un hecho empírico, ya que el fundamento de validez de una norma no puede ser semejante hecho. De que algo *sea*, no puede seguirse que algo *deba* ser; así como, de que algo *sea debido*, no puede seguirse, que algo *sea*. El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma.⁶⁷

De esta relación internormativa, Kelsen también identifica la validez de una norma con su pertenencia a un sistema jurídico. En este sentido se ha dicho que la validez es siempre un fenómeno relativo, no absoluto, una disposición jurídica es válida respecto a un sistema jurídico; la validez no es una propiedad de la disposición jurídica, sino una relación entre dicha disposición legal y un sistema jurídico.⁶⁸

¿Qué es lo que permite convertir en sistema una multitud de normas? ¿Cuándo una norma pertenece a determinado orden o sistema normativo? Este

⁶⁷ Énfasis original. *Ibidem*, p. 201.

⁶⁸ Caracciolo, Ricardo, *op. cit.*, nota 62, pp. 15 y 16.

problema se encuentra estrechamente ligado al de la razón de validez de cada norma... Una norma no es un juicio sobre la realidad y, por ende, no es susceptible de ser ‘verdadera’ o ‘falsa’... Una norma es válida o no lo es... El fundamento de validez de una norma no es su conformidad con lo real... Una norma no es válida por ser eficaz... El verdadero fundamento está en que se presupone la existencia de otras cuya validez se admite... El hecho de que alguien ordene algo, no es, por sí mismo, fundamento de la afirmación de que se debe proceder de acuerdo con el mandato, o fundamento para considerar a éste como norma válida... La razón o fundamento de validez de una norma está siempre en otra norma, nunca en un hecho... A la norma cuya validez no se puede derivar de otra superior la llamamos fundamental. Todas las normas cuya validez puede ser referida a una y la misma norma fundamental constituyen un... sistema normativo... la pregunta acerca del fundamento de validez de una norma no es... un *regressus ad infinitum*, sino que encuentra su término en una norma suprema que representa la última razón de validez dentro de un sistema normativo.⁶⁹

La identidad, validez = pertenencia de un sistema legal se ha permeado en la teoría jurídica, así, Bulygin señala que “para evitar excesivas repeti-

⁶⁹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 14, pp. 129-131.

ciones del término <pertenece> uso la frase <la norma N es válida en el sistema S>”,⁷⁰ y Bobbio refiere que “el punto de partida para la comprensión del discurso jurídico es... la distinción entre juicios de valor y juicios de validez... la prueba de validez... es una prueba obtenida con medios lógicos, o sea demostrando que la norma particular pertenece a un determinado ordenamiento jurídico”,⁷¹ y más adelante distingue entre validez formal, cuando una norma es válida, solamente si ha sido emitida de una norma superior, de la validez material, cuando la norma emitida no contradice lógicamente a la superior.

Ross critica la postura kelseniana sobre la validez del derecho y refiere que “al hacer [de] la validez una relación internormativa... Kelsen se precluye a sí mismo de tratar el corazón del problema de la validez del derecho... la relación entre el contenido de la idea normativa y la realidad social”.⁷²

La solución al por qué una disposición jurídica es válida la responde Kelsen al señalar que se debe a qué otra disposición jurídica válida le otorgó dicha

⁷⁰ Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, nota 16, p. 264.

⁷¹ Bobbio, Norberto, “Ragionamento giuridico”, *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, G. Giappichelli Editore, 1994, p. 285.

⁷² Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 70.

validez, y así sucesivamente hasta la *grundnorm*. En ese momento viene la pregunta nuevamente, ¿por qué la *grundnorm* es válida? Curiosamente la respuesta es que la validez del sistema legal como un todo depende de su eficacia. Kelsen sostiene:

A diferencia de la norma jurídica positiva, la básica no es válida porque sea creada de cierto modo por un acto jurídico, sino porque se supone que es válida; y tal suposición se hace por que, sin ella, ningún acto humano podría ser interpretado como acto creador de normas jurídicas.

Enseguida agrega:

...cada norma... pierde su validez cuando el orden jurídico total a que pertenece deja de ser válido, considerado como un todo. La eficacia del orden jurídico total es condición necesaria de la validez de cada una de las normas que lo integran. Trátese de una *conditio sine qua non*, no de una *conditio per quam*. La eficacia del orden jurídico total es una condición, no la razón de validez de las normas que lo constituyen.⁷³

Sin cuestionar, por el momento, si es posible o no formar las identidades: validez = eficacia, por

⁷³ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 14, pp. 137-140.

CONCEPTOS PREVIOS

41

un lado; y validez = existencia; validez = fuerza obligatoria; validez = pertenencia a un sistema jurídico por el otro, utilizaremos cada uno de estos términos en los siguientes sentidos.

Decimos que la disposición jurídica x es eficaz si en los hechos es generalmente obedecida por quien debe obedecerla y aplicada por quien tiene que aplicarla. “No se requiere que la conducta real de los individuos se ajuste de manera absoluta... tiene que haber posibilidad de cierto antagonismo... de no existir tal posibilidad, el orden normativo caería completamente de significación”,⁷⁴ estaríamos ante una ley física.

La eficacia de una disposición jurídica sirve de base para la predicción. Es importante señalar, sin embargo, que si un astrónomo conoce la trayectoria de la luna, la tierra y el sol, entonces dicho conocimiento puede ser la base para predecir un eclipse solar, y dicha predicción no afecta en absoluto las trayectorias referidas; no obstante, si un jurista, sabe que una disposición jurídica es eficaz, es decir, que la disposición jurídica se corresponde generalmente con la obediencia de quienes tienen que seguirla y la aplicación que de la misma hacen los órganos del sistema legal, una predicción basada en dicha eficacia es incierta, ya que la predic-

⁷⁴ *Ibidem*, p. 141.

ción misma constituye parte de la entidad social que se predice.⁷⁵

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 $x \in S$. El punto importante será determinar cuáles son esas reglas de pertenencia.

Una disposición jurídica es válida si y solo si es obligatoria, “el mejor camino para el entendimiento de ‘jurídicamente válido’ es atendiendo al hecho de que se usa de manera intercambiable con ‘jurídicamente obligatoria’... una norma jurídicamente válida es aquella que tiene en derecho los efectos normativos que pretende tener”.⁷⁶ 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).⁷⁷ El que una disposición jurídica sea obligatoria significa “deber de ser cumplido”.⁷⁸

⁷⁵ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 47.

⁷⁶ Raz, Joseph, “Legal Validity”, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, OUP, 1979, p. 149.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 46.