

JORDI FERRER BELTRÁN
JORGE LUIS RODRÍGUEZ

**JERARQUÍAS NORMATIVAS
Y DINÁMICA DE LOS SISTEMAS
JURÍDICOS**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

ÍNDICE

	Pág.
AGRADECIMIENTOS	9
INTRODUCCIÓN. DOS PROBLEMAS EN LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS	11
CAPÍTULO I. CONCEPCIONES DE LAS NORMAS Y DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS	27
1. DOS CONCEPCIONES DE LAS NORMAS	27
2. VALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS	47
3. APLICABILIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS	58
4. DOS CONCEPCIONES DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS	67
CAPÍTULO II. DINÁMICA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS	87
1. SISTEMAS JURÍDICOS Y ORDEN JURÍDICO	87
2. LOS PROCESOS DE PROMULGACIÓN Y DEROGACIÓN DE NORMAS	96
3. DINÁMICA Y TEORÍA DE REVISIÓN DE CREENCIAS	106
4. DINÁMICA JURÍDICA SIN CLAUSURA LÓGICA.....	116
CAPÍTULO III. JERARQUÍAS NORMATIVAS	135
1. DISTINTOS CRITERIOS JERÁRQUICOS EN EL DERECHO	135
2. PREFERENCIAS, ORDENACIONES Y JERARQUÍAS	146

	<u>Pág.</u>
3. PREFERENCIAS CONDICIONALES Y JERARQUÍAS INESTABLES.....	154
4. JERARQUÍAS, SISTEMATIZACIÓN E INTERPRETACIÓN	161
CAPÍTULO IV. DINÁMICA DE SISTEMAS JERÁRQUICAMENTE ESTRUCTURADOS.....	169
1. ORDEN JURÍDICO DEPURADO Y NO DEPURADO.....	169
2. ORDENACIÓN JERÁRQUICA, VALIDEZ Y APLICABILIDAD ..	176
3. LA ORDENACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ORDENACIÓN.....	186
4. DINÁMICA DE SISTEMAS JERÁRQUICAMENTE ESTRUCTURADOS	195
BIBLIOGRAFÍA.....	209

AGRADECIMIENTOS

Queremos agradecer a todos los colegas con quienes hemos tenido oportunidad de discutir las ideas que aquí se presentan, muy especialmente a Eugenio BULYGIN, Riccardo GUASTINI y Giovanni RATTI, quienes tuvieron la amabilidad de leer una versión preliminar de este trabajo y señalar nos diversas críticas, defectos, omisiones y contradicciones.

También José Luis MARTÍ, Diego M. PAPAYANNIS, Giorgio PINO, Carmen VÁZQUEZ y Silvia ZORZETTO han leído y discutido con nosotros partes del trabajo. Hemos intentado superar sus objeciones y mejorar la presentación de algunos puntos. Por supuesto, las omisiones, confusiones y oscuridades que queden son de nuestra estricta responsabilidad.

Para la elaboración de este libro hemos contado con la financiación de los proyectos de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación SEJ2007-67491-C02-02/JURI y DER 2010-21331-C02-02.

INTRODUCCIÓN

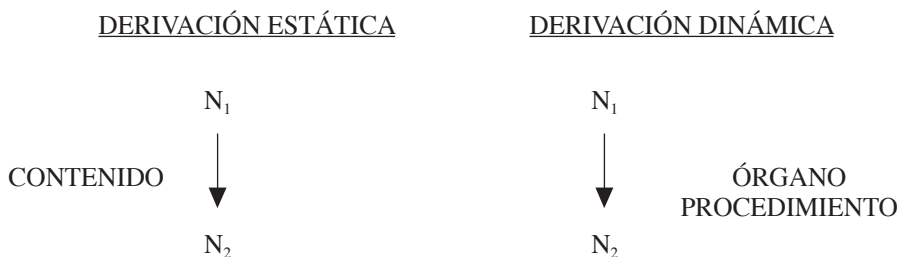
DOS PROBLEMAS EN LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

A modo de introducción nos parece pertinente repasar algunas ideas bien conocidas de Hans Kelsen sobre la teoría de los sistemas jurídicos, pues creemos que a partir de ellas es posible mostrar de un modo simple algunas de las dificultades que todavía hoy subsisten en este acápite de la teoría general del derecho.

Kelsen fue uno de los primeros autores que destacó la importancia de considerar al derecho como un *sistema*, esto es, que para el estudio del derecho no basta simplemente con tomar en cuenta sus elementos componentes, las normas, sino que también es necesario considerar las relaciones que las vinculan. Esta importante contribución de su parte no deja de ser paradójica, puesto que el programa del autor de la *Teoría Pura del Derecho* estuvo centrado siempre en delimitar el campo de lo jurídico en el nivel de las normas, esto es, por alguna característica común a todas las normas jurídicas. Su presentación de la noción de sistema jurídico no se aparta, por ello, del esquema reduccionista que plantea en su obra, ya que conceptualiza a un sistema jurídico como un *conjunto de normas jurídicas*, aunque remarca la importancia de distinguir las relaciones que se dan entre las normas del sistema para comprender su funcionamiento. En otras palabras, lo que tiene de «jurídico» un sistema jurídico es un rasgo que poseen sus normas: el imputar como debida una sanción coactiva a cierto acto es lo que permite calificar como «jurídica» a una norma. Un sistema jurídico sería, sencillamente, un conjunto de normas que poseen tal característica común.

Siguiendo esta línea de ideas, KELSEN discrimina dos tipos de relaciones entre las normas, que analiza como dos diversos modos en los que ellas pueden derivarse de otras normas, a los que califica como *principio estático* y *principio dinámico*. Una norma N_2 se deriva estáticamente de otra norma N_1 , según KELSEN, cuando el contenido de la segunda determina el contenido de la primera o, lo que es lo mismo, cuando la norma N_1 «impone» el contenido de la norma N_2 . Desde este punto de vista estático se dice que una norma deriva de otra en la medida en que su *contenido* puede ser derivado del contenido de ésta, de modo que «el contenido de las normas que constituyen el orden admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal»¹. Este tipo de derivación pone de manifiesto una inferencia de lo general a lo particular, que es presentada por KELSEN a través de ejemplos. Así, de la norma general que impone el deber de amar al prójimo pueden derivarse normas más específicas como la que prohíbe cometer homicidio, dañar física o moralmente a otro y la obligación de auxiliar a otros en caso de necesidad. Estas normas más específicas serían consecuencias de la norma general. KELSEN sostiene que este tipo de derivación es la que se presenta de manera predominante en los sistemas morales. En ellos es común que a partir de ciertos principios morales básicos se deriven otros más específicos.

Por contraste, una norma N_2 se deriva dinámicamente de otra norma N_1 , para KELSEN, cuando N_1 determina quién tiene competencia para dictar N_2 y qué procedimiento ha de seguirse para dictar N_2 . En el modo de derivación dinámico, una norma no determina el contenido de otra, sino el *procedimiento* para dictarla y el *órgano* autorizado para hacerlo. En este último caso suele expresarse que ella «otorga competencia» a ese órgano. Este tipo de derivación tiene un carácter eminentemente formal, por contraste con el primer tipo de derivación, de carácter material. KELSEN considera que la derivación dinámica es característica de los sistemas jurídicos, ya que en ellos hay normas que disponen cómo crear otras normas, muchas veces sin limitar el contenido que puedan eventualmente tener estas últimas.



¹ KELSEN, 1960: 203.

Sobre tales bases, KELSEN distingue dos tipos de sistema normativos: estáticos y dinámicos. «Un sistema de normas, cuyo fundamento de validez y cuyo fundamento válido es derivado de una norma propuesta como norma fundante básica, es un sistema normativo estático»². En cambio, en un sistema dinámico, la norma fundamental establece la modalidad para la producción de las normas del sistema, y así «sólo provee del fundamento de validez, pero no además del contenido de las normas que constituyen ese sistema»³. Para decirlo con otras palabras, la norma fundamental de un ordenamiento normativo dinámico establece el órgano constituyente y éste, a su vez, los restantes órganos y el procedimiento que ellos deben seguir para crear las normas que constituyen el ordenamiento dinámico. Pero la norma fundamental nada establece respecto del contenido de las normas del sistema. Por el contrario, para KELSEN la norma fundamental de un ordenamiento estático determina su contenido, en el sentido de que el contenido conceptual de cualquier norma del sistema debe ser lógicamente derivado del contenido de la norma fundamental. Así, las normas que conforman un sistema estático son todas aquellas que se deriven lógicamente de su norma fundamental. El desarrollo del sistema consiste en una operación cognitiva de carácter deductivo, orientada a descubrir cuáles son todas las consecuencias que se siguen de la norma fundamental⁴.

De conformidad con este criterio de distinción, un sistema normativo será estático o dinámico de acuerdo con la naturaleza de su norma fundamental. Y dado que KELSEN sostiene que todo sistema normativo tiene una y sólo una norma fundamental, se sigue que ningún sistema normativo podría ser a la vez estático y dinámico. Contra esta idea, OPALEK ha sostenido que:

En el debate sobre la distinción bajo análisis se dirige la siguiente objeción: el sistema estático es concebido como un sistema compuesto sólo por normas de carácter sustantivo, esto es, de normas que regulan comportamientos diversos de la creación de normas, mientras que el sistema dinámico [...] es concebido como un sistema compuesto exclusivamente por normas concernientes a comportamientos productores de normas para los destinatarios. Ahora bien, tanto sistemas que no regulan la actividad de producción normativa, cuanto sistemas que no contienen normas «sustantivas» son difícilmente concebibles⁵.

De hecho, KELSEN sostiene, contrariamente a lo que parece seguirse de su propio criterio de distinción, que los principios estático y diná-

² KELSEN, 1960: 203.

³ KELSEN, 1960: 204.

⁴ Por cierto, identificar la totalidad de las consecuencias lógicas que se siguen de una norma fundamental de este tipo resultaría imposible, puesto que son infinitas.

⁵ OPALEK, 1991: 20.

mico pueden «unificarse» y, por consiguiente, que un sistema normativo puede ser a la vez estático y dinámico, es decir, de naturaleza mixta.

El principio estático y el dinámico se unifican en uno y el mismo sistema normativo cuando la norma fundante presupuesta, conforme al principio dinámico, se reduce a facultar a una autoridad normadora, y cuando esta autoridad, o una autoridad establecida por la primera, no sólo implanta normas mediante las cuales se delega esa facultad en otras autoridades normadoras, sino también dicta normas en que se ordena determinada conducta por parte de los sujetos sometidos a la norma, a partir de las cuales —como lo particular de lo universal— pueden deducirse más normas mediante una operación lógica ⁶.

Es más, considera que el derecho, en cuanto «aparece como un orden jurídico», tiene «esencialmente» un carácter dinámico, de lo que parece seguirse, nuevamente, que ese carácter se combina con algún aspecto estático.

No obstante, KELSEN también emplea la dicotomía estático-dinámico en otro sentido, más débil que el anterior. A su juicio, todo ordenamiento jurídico es dinámico, dado que su norma fundamental tendría siempre ese carácter, pero afirma que pese a ello puede ser considerado *desde un punto de vista estático y desde un punto de vista dinámico*. El sistema jurídico sería considerado desde un punto de vista estático cuando se centra la atención en el contenido conceptual de sus expresiones normativas, en tanto que sería considerado desde un punto de vista dinámico cuando se hace referencia a las autoridades y a los procedimientos seguidos para la producción de normas ⁷.

Tanto si se asume el sentido fuerte de la distinción estático-dinámico como esta última versión más débil, existe una dificultad básica en la teoría kelseniana para articular ambas nociones, derivada de la problemática posición que KELSEN asume respecto de las relaciones lógicas entre las normas. En sus principales obras KELSEN defendió una concepción no cognoscitiva de las normas: a su juicio, se trata de entidades respecto de las que no se puede predicar verdad o falsedad. En la segunda edición de la *Teoría Pura* sostiene que la lógica no puede aplicarse a las normas de manera directa, dado que esta disciplina sólo se ocuparía de enunciados susceptibles de un test veritativo. No obstante, los principios lógicos, así como la noción de contradicción, si bien no podrían aplicarse a las normas, sí se aplicarían a los enunciados que las describen, es decir, a los *enunciados jurídicos*, y a través de estos últimos podrían aplicarse indirectamente a las normas:

⁶ KELSEN, 1960: 205.

⁷ Cfr. KELSEN, 1960: 205.

Dado que las normas jurídicas, en cuanto prescripciones —es decir, en cuanto mandamientos, permisiones, facultamientos—, no pueden ser ni verdaderas ni no verdaderas, aparece la cuestión de cómo pudieran aplicarse los principios lógicos, en especial el principio de no contradicción y las reglas de inferencia, a las relaciones entre normas jurídicas [...] si, conforme con la opinión tradicional, esos principios sólo se aplican a las expresiones que pueden ser verdaderas o no verdaderas. La respuesta a este interrogante es la siguiente: los principios lógicos, si bien no directamente por lo menos indirectamente, pueden ser aplicados a las normas jurídicas en tanto y en cuanto esos principios sean aplicables a los enunciados jurídicos que describen esas normas jurídicas ⁸.

En trabajos posteriores KELSEN extremó su posición, sosteniendo que no sólo no existen relaciones lógicas entre las normas, esto es, que no cabe hablar de contradicción o de relaciones de implicación entre ellas, sino que tampoco sería posible hablar de una aplicación «indirecta» de la lógica a las normas:

No puede hablarse de implicación de la norma individual en la norma general, o sea, de implicación del acto de voluntad cuyo sentido es la norma individual en el acto de voluntad cuyo sentido es la norma general. Por lo cual no puede darse un silogismo normativo cuya premisa mayor sea una norma general válida y su conclusión una norma individual también válida ⁹.

[...] los dos principios lógicos más importantes —el de no contradicción y la regla de inferencia— no son aplicables a las relaciones entre normas de un derecho positivo, ni directa ni indirectamente ¹⁰.

Pero, de ser ello así, no resulta claro cómo podría admitirse la posibilidad de concebir al derecho como un sistema estático, o en parte estático, de acuerdo con la propia caracterización que ofrece KELSEN de un sistema semejante. Siguiendo nuevamente a OPAŁEK:

La posición sostenida por Kelsen sobre el tema que aquí se examina sufre un cambio que se presenta evidente si se confronta el punto de vista sostenido en la *General Theory of Law and State* de 1945 y en la *Reine Rechtslehre* de 1960 con las opiniones expresadas en la última obra *Allgemeine Theorie der Normen*, publicada póstumamente en 1979. El elemento común a ambos períodos es la refutación de la razón práctica y de las normas inmediatamente evidentes. Se puede calificar al Kelsen de ambos períodos como un no cognitivista. Pero en el primer período el punto de vista no cognitivista se ve mitigado por la tesis de la

⁸ KELSEN, 1960: 87-88.

⁹ KELSEN, 1965: 111.

¹⁰ KELSEN, 1965: 114.

aplicabilidad, si bien indirecta, de la lógica a las normas. Pero [...] en la *Allgemeine Theorie der Normen* su no cognitivismo se torna radical, resultando excluida la posibilidad de aplicación de la lógica a las normas [...] En su último trabajo sobre la teoría de las normas Kelsen no vuelve sobre [la distinción entre sistema normativo estático y dinámico], que resulta, por consiguiente, definitivamente abandonada ¹¹.

En consecuencia, existe una seria dificultad, no adecuadamente resuelta en la teoría kelseniana, para conjugar los aspectos estáticos y dinámicos de los sistemas jurídicos ¹². Pero, además, KELSEN no logra suministrar una reconstrucción satisfactoria de la dimensión dinámica del derecho conjuntamente con la idea de que los sistemas jurídicos son sistemas jerárquicamente estructurados, lo cual se revela en el tratamiento que ofrece del carácter de las normas inconstitucionales.

Sintéticamente podría exponerse la cuestión del siguiente modo: sólo se asignan efectos jurídicos a las normas que satisfacen ciertas condiciones. La satisfacción de las condiciones requeridas permite calificar a una norma jurídica como «válida». Ahora bien, las normas inconstitucionales son inválidas, esto es, no satisfacen todas las condiciones que permiten predicar «validez» a su respecto. Ello por cuanto la constitución, como norma de la máxima jerarquía dentro del orden jurídico, fija los requisitos que deben reunir las normas de rango inferior para ser admitidas como parte del derecho. Esta idea fue presentada por el juez MARSHALL, en su famoso voto en el caso *Marbury vs. Madison*, con las siguientes palabras:

Es una afirmación demasiado fundamental como para ser controvertida el que o bien la constitución controla cualquier acto legislativo contrario a ella, o bien la legislatura puede modificarla a través de actos ordinarios. Entre estas dos alternativas no existe punto intermedio. La constitución es una norma superior y dominante, inmodificable a través de medios comunes, o bien se encuentra en el mismo nivel con los actos legislativos corrientes y, como ellos, puede ser alterada cuando la legislatura así lo desea [...] Si un acto de la legislatura, contrario a la constitución, se encuentra viciado, ¿puede no obstante su invalidez tener fuerza obligatoria en los tribunales y obligar a los jueces a otorgarle efectos? O, en otras palabras, pese a no ser derecho, ¿instituye una regla tan operativa como si fuese derecho? Esto sería tanto como destruir en los hechos lo que ha sido establecido por la teoría, y parecería a primera vista un absurdo demasiado grosero como para que se insistiera en él ¹³.

¹¹ OPALEK, 1991: 31.

¹² El hecho de que en sus últimos trabajos KELSEN ya no hable de sistemas estáticos no significa que la dificultad desaparezca, pues de algún modo es necesario dar cuenta de los problemas involucrados en la visión estática de los sistemas jurídicos.

¹³ «It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative

No obstante, las normas inconstitucionales muchas veces producen efectos jurídicos, al menos en tanto su inconstitucionalidad no haya sido declarada por un órgano del Estado. ¿Cómo es posible entonces explicar que una norma inválida produzca efectos jurídicos?

Cuando KELSEN examina la jerarquía constitucional y describe el papel de la constitución también busca conjugar los aspectos estáticos y dinámicos del derecho:

La constitución que regula la producción de normas generales puede determinar también el contenido de las futuras leyes, y las constituciones positivas lo hacen no poco frecuentemente, al prescribir o excluir ciertos contenidos. En el primer caso, sólo se da una promesa de promulgación de leyes, sin existir ninguna obligación de hacerlo, dado que, inclusive por razones técnico-jurídicas, sería difícil enlazar una sanción a la falta de leyes de contenido prescriptivo. Más eficaz es, en cambio, excluir por la constitución leyes de determinados contenidos. El típico catálogo de derechos y libertades fundamentales, que es parte integrante de las constituciones modernas, no es, en lo esencial, sino una tentativa de impedir que tales leyes puedan producirse ¹⁴.

KELSEN interpreta que la constitución confiere poder a la legislatura para dictar normas siempre que se cumplan las condiciones que respecto del órgano, el procedimiento y el contenido se establecen en ella. En ciertos pasajes de su teoría expresa intuiciones semejantes a las defendidas en *Marbury*:

Una «norma contraria a norma» es una autocontradicción, y una norma jurídica a cuyo respecto pudiera afirmarse que no corresponde a la norma que determina su producción, no podría ser vista como norma jurídica válida, por ser nula, lo que significa que, en general, no constituye norma jurídica alguna ¹⁵.

KELSEN identifica la validez de una norma con su existencia. Conceptualmente, «norma» es definida por el autor de la *Teoría Pura del Derecho* como el sentido objetivo de un acto de voluntad prescriptivo,

*act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act. Between these two alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is one level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. [...] If an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts, and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it institute a rule as operative as if it was law? This would be to overthrow in fact what was established in theory; and would seem, at first view, an absurdity too gross to be insisted on», *Marbury vs. Madison* [5 U.S. 137 (1803)]. La traducción al castellano es nuestra.*

¹⁴ KELSEN, 1960: 234.

¹⁵ KELSEN, 1960: 274.

donde el «sentido objetivo» resulta ser aquel que corresponde asignarle en virtud de lo establecido por otra norma¹⁶. Así, una prescripción emitida por quien no tiene competencia para hacerlo no puede ser calificada como «norma». Como es sabido, KELSEN sostenía que el derecho regula su propia creación, ya que en su seno existen normas que establecen las condiciones para la válida producción de otras normas. Una norma jurídica es válida si ha sido dictada por el órgano, siguiendo el procedimiento y con el contenido que establecen otras normas jurídicas, que se consideran por ello jerárquicamente superiores a aquélla. Por consiguiente, siempre que medie un conflicto entre dos normas jurídicas de diferente jerarquía, ese conflicto debería resolverse dando preferencia a la norma de jerarquía superior, puesto que si las condiciones de validez de la norma inferior son fijadas por la superior, una norma inferior que se encuentra en conflicto con ella no es válida, esto es, sencillamente no existe. Claro ejemplo de este tipo de normas lo constituirían las denominadas «normas inconstitucionales». Así, KELSEN sostiene que:

La afirmación de que una ley válida es «inconstitucional» constituye una *contradictio in adjecto*. Puesto que una ley sólo puede ser válida fundándose en la constitución. Si hay alguna razón para suponer que es válida, el fundamento de su validez se encuentra en la constitución. De una ley inválida no podría sostenerse que es inconstitucional, puesto que ley inválida no es ley alguna, siendo jurídicamente inexistente, sin que sobre ella sea posible formular ningún enunciado jurídico¹⁷.

Sería una contradicción porque, desde la perspectiva kelseniana, la calificación de «ley» —o, más en general, de «norma»— se reserva para el sentido que cabe acordarle a un acto de prescripción siempre que haya sido producido por alguien autorizado a hacerlo en virtud de otras normas, mientras que la calificación de «inconstitucional» se utilizaría, justamente, cuando dicha autorización no existe. Pero KELSEN paralelamente reconoce la posibilidad de que una norma inconstitucional produzca efectos jurídicos, en tanto no medie una declaración de inconstitucionalidad por parte de un órgano del Estado:

Si la afirmación corriente en la jurisprudencia tradicional sobre una ley inconstitucional puede tener algún sentido jurídico posible, no habría que tomarla al pie de la letra. Su significado sólo puede ser que la ley en cuestión sólo puede ser derogada, conforme a la constitución, no sólo por el procedimiento acostumbrado, es decir, mediante otra ley de acuerdo con el principio *lex posterior derogat priori*, sino mediante un procedimiento especial previsto por la constitución. Mientras no sea de-

¹⁶ Cfr. KELSEN, 1960: 16-17.

¹⁷ KELSEN, 1960: 277.

rogada tiene que ser considerada válida, y mientras sea válida no puede ser inconstitucional¹⁸.

Como puede apreciarse, KELSEN sostiene que las normas que contradicen la constitución en principio son válidas, en tanto no hayan sido revisadas, anuladas o declaradas inválidas por una autoridad competente, para lo cual se requiere de un procedimiento especial. Por cierto, esta idea no resulta fácilmente conciliable con las consecuencias que se derivan de la identificación de los significados de «validez» y «existencia» respecto de este punto, esto es, que las normas inconstitucionales no existen en ningún sentido significativo.

Juan RUIZ MANERO sostiene que existen tres maneras de escapar a esta dificultad: (i) suponer que por alguna misteriosa razón todas las autoridades encargadas de la creación de normas jurídicas siempre promulgan normas de conformidad con aquellas que poseen a su respecto jerarquía superior; (ii) aceptar que cuando una autoridad jurídica pretende promulgar una norma no autorizada por otra de jerarquía superior, el resultado no es una norma válida y, en consecuencia, la autoridad simplemente ha fallado en su propósito, no habiendo logrado promulgar norma jurídica alguna, o (iii) reformular el contenido de las normas de jerarquía superior de modo que se vuelvan inmunes a cualquier violación¹⁹.

Evidentemente, la primera alternativa debería ser desechada, pues ella no se condice con la práctica jurídica, ya que es frecuente que las autoridades normativas violen la constitución dictando normas que suprimen o limitan algunos de los derechos en ella tutelados, y que las decisiones de los jueces vayan más allá de lo establecido por las normas generales que deben aplicar. La segunda opción, pese a su consistencia con otros postulados de la teoría kelseniana, soslaya también un hecho importante: que tales normas irregulares son, de hecho, consideradas válidas en la práctica jurídica, al menos en tanto no sean derogadas por una autoridad competente. Como señala Eugenio BULYGIN, que los sistemas jurídicos establezcan, como hace la mayoría, un procedimiento específico para anular o derogar tales normas muestra que ellas son, en algún sentido al menos, normas válidas, puesto que nadie se molestaría en invalidar una norma inválida²⁰.

KELSEN elige entonces la tercera alternativa para escapar al problema, introduciendo la controvertida idea de la *cláusula alternativa tácita*. Para KELSEN, no se puede examinar la cuestión de la invalidez de las normas sin tener en cuenta quién es el encargado de decretar esa in-

¹⁸ KELSEN, 1960: 277.

¹⁹ Cfr. RUIZ MANERO, 1995: 247-256.

²⁰ Cfr. BULYGIN, 1995a: 16-24.

validez. Así, distingue dos situaciones: aquella en que la constitución otorga a un órgano específico el control de constitucionalidad de las leyes y aquella en que la constitución no efectúa ninguna previsión al respecto. Cuando la constitución no establece el órgano que debe examinar la constitucionalidad de las leyes, los órganos a los que la constitución faculta para aplicar las leyes serían los competentes para dicho examen, ya que si están facultados para aplicar las leyes, también lo estarán para establecer si algo cuenta o no como ley, y ello sólo es posible si fue dictada de conformidad con la constitución. Pero puede que la constitución no sólo no designe un órgano para el control, sino que además desautorice a los órganos de aplicación para efectuar el control de constitucionalidad de las leyes que tienen que aplicar. Si esto sucede, el control quedará en última instancia en manos del legislador. Según KELSEN:

Ello significa que todo aquello que el órgano legislativo emita como ley tiene que valer como ley en el sentido de la constitución; que las normas que tienen el sentido subjetivo de actos impuestos por el órgano legislativo tienen el sentido objetivo de normas jurídicas, inclusive cuando la ley —según la opinión de alguien— no haya respetado los procedimientos legislativos y el contenido de las leyes no corresponda a las normas constitucionales que lo regulan²¹.

En otras palabras, aunque las normas constitucionales fijen, por ejemplo, restricciones en cuanto al contenido que pueden tener las normas inferiores, bajo la hipótesis que considera KELSEN de un sistema en el que el control de constitucionalidad esté en manos del propio legislador, debería interpretarse que esas disposiciones constitucionales van acompañadas de una tácita autorización al legislador para apartarse de lo expresamente dispuesto en ellas. Con esta interpretación, el legislador estaría autorizado a promulgar normas que respeten las restricciones impuestas por la constitución o normas con cualquier contenido. Lo mismo en el caso de las sentencias *contra legem*: si es el propio poder judicial el competente para determinar si una sentencia es contraria a la ley, entonces debería interpretarse que las leyes establecen que los jueces están autorizados a dictar sentencias ajustándose a lo prescrito por las normas generales del sistema o sentencias con cualquier contenido²².

No reproduciremos aquí todas las objeciones que se han dirigido contra esta doctrina. Bastará con mostrar sólo dos de sus consecuencias, que resultan altamente problemáticas para la teoría del derecho de KELSEN. En primer lugar, con respecto a la creación de normas, la teoría de la cláusula alternativa tácita resulta difícil de conciliar con la idea kelseniana de la estructura jerárquica material del orden ju-

²¹ KELSEN, 1960: 279.

²² Cfr. KELSEN, 1960: 274-277.

rídico (*Stufenbau*), puesto que si existe una autorización tácita para promulgar normas, aunque ellas sean incompatibles con otras supuestamente superiores en jerarquía, esa superioridad jerárquica resulta difícil de explicar²³. En segundo lugar, con respecto a la aplicación de normas, la teoría de la cláusula alternativa tácita tiene por consecuencia que los jueces poseerían discrecionalidad absoluta para crear cualquier norma individual, ya que las normas generales en nada determinarían los actos de aplicación, lo cual parece conducir a KELSEN a un decisionismo extremo²⁴.

Según BULYGIN, una de las fuentes que habría conducido a KELSEN a su doctrina de la cláusula alternativa tácita sería la idea de que las decisiones judiciales no serían meramente declarativas, sino que poseerían *carácter constitutivo*, tanto sobre los hechos como sobre las normas. Para KELSEN, las decisiones judiciales son constitutivas de los derechos y obligaciones de las partes, incluso en los casos en los que el contenido de la decisión adoptada por el juez se encuentre en conflicto con lo que se sigue de las normas generales del sistema. Ello es así puesto que no todas las opiniones respecto de la ilegalidad de una sentencia o la inconstitucionalidad de una ley tendrían el mismo peso, ya que en los sistemas jurídicos existen normas que califican las opiniones de ciertos órganos al respecto, acordándoles competencia para resolver las disputas en torno a tales cuestiones. Si el control se deja en manos de los jueces, y la decisión de un juez es reputada ilegal por una de las partes, deberá recurrir a otro órgano del poder judicial para que resuelva sobre la cuestión. Al agotarse los recursos posibles se llegará al órgano judicial de mayor jerarquía a plantear la cuestión, y si dicho órgano se pronuncia considerando ajustada a derecho la decisión del juez inferior, no existiendo ningún otro órgano ante quien plantear reclamo alguno, la decisión se volvería irrevocable. De manera que el problema de la inconstitucionalidad de una ley o la ilegalidad de una sentencia no podría ser analizado sin tomar en cuenta cuál es el órgano competente para resolver esas cuestiones de conformidad con las normas del sistema jurídico de que se trate, y si en la opinión de tal órgano la norma es válida, entonces ella produciría plenos efectos jurídicos.

Para BULYGIN, este punto de vista de KELSEN no sería sino el producto de una confusión entre el carácter definitivo de ciertas decisiones y su infalibilidad, dos cuestiones que fueron cuidadosamente dis-

²³ Como examinaremos en el capítulo IV, es posible interpretar que las jerarquías repercuten sobre la pertenencia o sobre la aplicabilidad de las normas y, en este último caso, podría resultar inteligible sostener que una autoridad jerárquicamente inferior está autorizada a promulgar una norma en conflicto con las de rango superior. Sin embargo, ello compromete a considerar que las jerarquías funcionan como externas al sistema, esto es, como directivas a los jueces acerca de qué norma debe ser aplicada en caso de conflicto, de modo que en sentido estricto desde este punto de vista no podría sostenerse que el propio sistema posea una «estructura jerárquica».

²⁴ Cfr. BULYGIN, 1995a.

tinguidas por HART²⁵. Una decisión puede ser definitiva, en el sentido de que no puede ser cuestionada ante ningún otro órgano y, no obstante, ser equivocada. Los órganos de mayor jerarquía dentro del poder judicial, al resolver las disputas en torno a la inconstitucionalidad de las leyes o la ilegalidad de las sentencias dictadas por otros jueces, pueden tomar decisiones a cuyo respecto no quepa recurso alguno, pero el carácter definitivo de tales decisiones no les acuerda corrección. Las pautas de corrección de una decisión judicial son independientes del carácter final o definitivo que ella pueda poseer²⁶.

El otro elemento de la teoría kelseniana que habría llevado a KELSEN a introducir su idea de la cláusula alternativa tácita consiste en la ambigüedad con la que utiliza el término «validez de una norma» y el sentido en que puede decirse que una norma «existe». BULYGIN ha advertido en diversos trabajos la importancia de distinguir diferentes conceptos de existencia de una norma²⁷; en particular, lo que podría denominarse *existencia como pertenencia* y lo que podría denominarse *existencia como fuerza obligatoria*. En el primer sentido, una norma existe si es parte de un conjunto más amplio de normas; en el segundo, una norma existe si es obligatorio hacer lo que ella dispone. Ahora bien, KELSEN emplea un único término («validez») para aludir tanto a la pertenencia como a la fuerza obligatoria. Es más, parece presuponer que todas y sólo las normas que tienen «existencia específica» dentro de un sistema jurídico poseen fuerza obligatoria, por lo que pertenencia y fuerza obligatoria resultarían dos categorías al menos coextensivas.

Las normas inconstitucionales poseerían fuerza obligatoria en tanto no hayan sido declaradas tales por un órgano del Estado. Pero debido a la coextensionalidad entre pertenencia y fuerza obligatoria, ello implicaría que pertenecen al sistema. Es por esta razón que KELSEN se ve forzado a decir que el legislador está al menos tácitamente autorizado para dictar normas inconstitucionales. Sin embargo, si se rechaza esta tesis de la coextensionalidad entre pertenencia y fuerza obligatoria, bien podría decirse que las normas inconstitucionales no existen en el sentido de pertenecer al sistema jurídico, pero sí existen en el sentido de que poseen fuerza obligatoria en tanto no sean invalidadas. No habría entonces contradicción alguna en decir que las normas inconstitucionales existen y, a la vez, que no existen, si «existencia» significara algo distinto en cada caso²⁸.

La presentación de estas ideas de KELSEN no está orientada, por cierto, a efectuar un análisis exhaustivo de su teoría, sino más bien a puntualizar que los dos problemas que hemos señalado en ella son en verdad sin-

²⁵ Cfr. HART, 1961: 176-183.

²⁶ Cfr. BULYGIN, 1995a.

²⁷ Cfr. BULYGIN, 1982, 1990, 1995a y 1999.

²⁸ Cfr. BULYGIN, 1995a.

tomáticos de dificultades generalizables respecto de todas las versiones ofrecidas de la teoría de los sistemas jurídicos: no existe una respuesta simple acerca de cómo congeniar los aspectos estáticos y dinámicos de los sistemas jurídicos, ni tampoco una reconstrucción teórica enteramente satisfactoria en torno al funcionamiento dinámico de sistemas normativos jerárquicamente estructurados como los sistemas jurídicos.

En su libro *Normative Systems*²⁹, así como en diversos trabajos posteriores, Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN presentaron una de las contribuciones más significativas para el análisis de los sistemas jurídicos. La idea básica de los autores fue sintetizada por ALCHOURRÓN en uno de sus últimos artículos del siguiente modo:

El derecho puede verse como una herramienta para organizar la forma de vida de una determinada sociedad. Ciertas pautas generales de conducta son necesarias para guiar las acciones que deben o pueden ser realizadas. Esto sugiere la conveniencia de tener una formulación explícita de las reglas diseñadas para llevar a cabo esa función de guía. Una vez que las tenemos, se supone que las decisiones particulares serán tomadas en concordancia con las reglas relevantes del conjunto. En este modelo ideal, el conjunto de reglas constituye el punto de partida (los axiomas) para la derivación de las instrucciones a seguir en cada situación concreta. Denominaré concepción del *Sistema Maestro* a la concepción jurídica que surge de este modelo ideal. Dicho ideal no es incompatible con la naturaleza dinámica del derecho. El sistema recibe continuamente suplementos que actualizan parte de su contenido³⁰.

El primer objetivo de nuestro trabajo consistirá en examinar críticamente esa idea básica con la intención de controvertir la última de las afirmaciones transcritas, esto es, que la noción de sistema jurídico a la que ALCHOURRÓN alude aquí con la expresión *Sistema Maestro*, y que consiste básicamente en caracterizar a un sistema jurídico como un sistema deductivo que contiene al menos algunas normas, resulta fácilmente articulable con la naturaleza dinámica del derecho. El segundo objetivo consistirá en analizar con cierto detalle la estructura jerárquica del derecho a fin de presentar, hacia el final del trabajo, algunas características singulares que asume su funcionamiento en la faz dinámica cuando se toma en cuenta el diferente rango de sus normas.

El camino que nos proponemos recorrer será un tanto largo y complejo. En el capítulo I estudiaremos en primer lugar las diferentes concepciones de las normas jurídicas, pues en función de cómo se conciben las normas y, en particular, si se acepta o no la posibilidad de relaciones lógicas entre ellas, se obtendrán diferentes visiones de los sistemas jurí-

²⁹ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971.

³⁰ ALCHOURRÓN, 1996: 12-13.

dicos. Trataremos de justificar que no hay dos concepciones de las normas, una puramente pragmática o expresiva y otra puramente semántica o hilética, sino más bien dos diferentes concepciones del lenguaje que repercuten sobre el modo de concebir las normas. Y de acuerdo con ellas, o bien se interpreta que el significado sólo puede explicarse en términos de verdad o falsedad, en cuyo caso las normas se conciben como entidades semejantes a las proposiciones y puede haber relaciones lógicas entre las normas, pero precisamente porque se admite que se pueda predicar verdad o falsedad de ellas, o bien se interpreta que los aspectos pragmáticos son parte del significado, en cuyo caso la diferencia entre una norma y una proposición se explica en términos pragmáticos, las normas no son susceptibles de verdad o falsedad, pero ello no obsta a que puedan aceptarse relaciones lógicas entre las normas si se acepta que el campo de aplicación de la lógica es más amplio que el de la verdad.

Luego nos detendremos en el análisis de la problemática noción de validez, con la intención de examinar en profundidad dos grandes núcleos significativos que ella presenta: la pertenencia de una norma a un sistema jurídico y su aplicabilidad respecto de ciertos casos. Sobre la base de lo anterior, evaluaremos los diferentes criterios de pertenencia de normas a los sistemas jurídicos para intentar demostrar que el criterio de deducibilidad y el criterio de legalidad no pueden reconstruirse como dos criterios de pertenencia de elementos a una misma unidad, calificable como «sistema jurídico», y que la noción de sistema jurídico desarrollada por ALCHOURRÓN y BULYGIN en *Normative Systems*, de carácter estático, aunque altamente fructífera para dar cuenta del tipo de operación que llevan a cabo jueces y juristas cuando examinan el problema de determinar qué consecuencias se siguen de ciertas normas para la resolución de ciertos casos, no permite ofrecer una caracterización satisfactoria del derecho, debido a que para ello es preciso tomar en consideración una noción dinámica de sistema jurídico.

En el capítulo II presentaremos una introducción al análisis de los procesos de promulgación y derogación de normas, partiendo de la distinción entre la noción de sistema jurídico (estático) y orden jurídico (dinámico) y de la relación que media entre ambos, a cuyo respecto mostraremos que ella sólo puede ser concebida como de inclusión, así como del resultado de los actos de promulgación y derogación de normas, con particular atención a las indeterminaciones resultantes de ciertos actos de derogación. Luego efectuaremos una presentación sintética de los desarrollos debidos a ALCHOURRÓN, GÄRDENFORS y MAKINSON sobre dinámica y teoría de revisión de las creencias, un campo de trabajo interdisciplinario desarrollado entre otras cosas a partir de algunas de las ideas defendidas por ALCHOURRÓN en torno a los cambios de los sistemas normativos, para ofrecer un panorama de la evolución de la disciplina y de cuáles de esos desarrollos podrían resultar valiosos para re-examinar la dinámica de los sistemas jurídicos. Efectuaremos sobre el

final algunas observaciones sobre qué puntos en el estudio de la dinámica de los sistemas jurídicos deberían a nuestro criterio ser corregidos, para intentar justificar, por una parte, que los actos de derogación, como tales, nunca provocan indeterminaciones porque sólo repercuten sobre la base del sistema, de modo que las indeterminaciones en la faz dinámica sólo pueden resultar de actos de promulgación de normas incompatibles con otras preexistentes y de la actividad que cumple el jurista para tratar de restablecer la consistencia en tales casos. Por otra parte, sostendremos que no es necesario ni conveniente a los fines de la reconstrucción de los procesos de promulgación y derogación de normas interpretar a cada sistema jurídico momentáneo como comprensivo de todas sus consecuencias lógicas.

En el capítulo III analizaremos los diferentes criterios jerárquicos que suelen señalarse como coexistentes en el derecho a fin de mostrar que ciertas confusiones bastante corrientes en el análisis de esta cuestión obligan a refinar la noción de jerarquías entre normas. Con ese objetivo se presentarán algunas consideraciones formales respecto de las nociones de preferencias y ordenaciones a efectos de arribar a una caracterización de la noción de jerarquía proyectable al dominio normativo. Trataremos de justificar que los criterios de *lex superior* y *lex posterior* demarcan jerarquías entre las normas de un sistema jurídico, en el sentido de una partición de tales sistemas en un conjunto de subconjuntos que resultan conjuntamente exhaustivos y mutuamente excluyentes, y que la imposición de jerarquías entre las normas no es una operación estrictamente equivalente a la derogación, sino que debe asimilarse a la operación consistente en conferir unicidad cuando se produce una derogación que provoca una indeterminación. Estudiaremos asimismo las peculiaridades que presenta la ponderación entre principios, operación que reconstruiremos como el establecimiento de jerarquías condicionales entre las normas en juego, para concluir con una evaluación de la incidencia de las jerarquías entre normas en el plano de la sistematización y de la interpretación de las normas jurídicas.

En el capítulo IV se profundizará el análisis de dos diversos modos de reconstruir el orden jurídico según cómo se conciba el funcionamiento del criterio de *lex superior*, a los que se ha denominado modelo del *orden jurídico depurado* y modelo del *orden jurídico no depurado*. Mostraremos que la interpretación de la jerarquía que demarca *lex superior* en el primero de tales modelos no requiere comprometerse con la idea de que los órganos de inferior rango resultan incompetentes para la promulgación de normas en conflicto con otras superiores. Evaluaremos, asimismo, la cuestión de si las jerarquías normativas impactan sobre la validez o sobre la aplicabilidad de las normas, así como los posibles conflictos que pueden suscitarse debido a la aplicabilidad de más de un criterio jerárquico respecto de un mismo problema, y la posibilidad de metacriterios de ordenación que permitan superar tales conflic-

tos. Para concluir, mostraremos las particularidades que asume el análisis de la dinámica jurídica cuando se toman en consideración diferentes jerarquías normativas. Esto obliga a considerar cómo juegan conjuntamente los principios de *lex superior* y *lex posterior*, lo cual presenta diversas complicaciones que requieren de un aparato conceptual más fino que el explorado hasta ahora, pero que de todos modos no requiere comprometerse con el presupuesto de que cada sistema jurídico comprende todas sus consecuencias lógicas.