

## CAPÍTULO 26

# SISTEMAS JURÍDICOS

Jorge Luis RODRÍGUEZ\*

SUMARIO: I. *Validez de las normas e identidad de los sistemas jurídicos.* II. *Concepciones y estructura de los sistemas jurídicos.* III: *Propiedades formales de los sistemas jurídicos estáticos.* IV. *Sistemas jurídicos dinámicos y caracterización del derecho.* V. *Bibliografía.*

### I. VALIDEZ DE LAS NORMAS E IDENTIDAD DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

En su reciente libro *Legality*,<sup>1</sup> Scott Shapiro presenta como una paradoja la de la misma posibilidad del derecho o, si se quiere, de la existencia de un sistema jurídico. Nos propone imaginar que el derecho fue “inventado” por primera vez el 1 de enero del año 10.000 antes de Cristo: el aldeano más viejo de cierta comunidad (Lex) propone a sus conciudadanos dictar un conjunto de normas orientadas a solucionar los problemas más apremiantes del grupo; afirma que sabrán cuándo ha dictado una norma si emite una directiva bajo un cierto árbol del lugar; sostiene que también será el encargado de resolver las controversias respecto del modo de aplicar esas normas, siendo sus juicios finales al respecto, y que cuando muera todas las normas que haya dictado permanecerán vigentes y uno de sus hijos asumirá como nuevo líder, pudiendo por cierto modificar las normas tal como lo desee. Prácticamente todos los demás habitantes del lugar están de acuerdo con esta propuesta y dispuestos a aceptarla, salvo uno (Phil), quien afirma que aunque ella suena bastante bien, en realidad no puede funcionar. Y ello porque para que Lex tenga la potestad para hacer, cambiar o aplicar las normas para la comunidad tendría que haber una norma que le confiera tal potestad; sin embargo, semejante norma no puede existir, pues-

\* Profesor de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina.

<sup>1</sup> Véase Shapiro, Scott, *Legality*. Cambridge, Mas., Harvard University Press, 2011, pp. 36 y ss. (véase, además, PLANES, DERECHO Y RAZÓN PRÁCTICA).

*Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, pp. 979-1018.

to que en caso de existir debería haber alguien con la potestad para crearla, lo que a su vez requeriría de otra norma que confiera tal potestad, y ello conduciría a un regreso al infinito; por otra parte, Lex no podría crearla él mismo porque igualmente necesitaría de una norma que le confiera tal potestad, y tampoco el pueblo en asamblea podría conferírsela, puesto que en tal caso se requeriría igualmente de una norma que confiera al pueblo la potestad para hacerlo, que tampoco existe. En conclusión, nadie podría crear ni modificar normas para la comunidad, de modo que poseer autoridad jurídica resultaría imposible. Por supuesto, Shapiro concluye el relato diciendo que ni Lex ni el resto de la comunidad le prestan la menor atención a la objeción de Phil: Lex sencillamente comienza a dictar normas y la comunidad comienza a obedecerlas.

Es, creo, un gran mérito de esta presentación de la cuestión el poner en evidencia lo absurdo que ella resulta.<sup>2</sup> Si el problema consistiera en determinar un orden de prioridad entre las nociones de NORMA JURÍDICA y AUTORIDAD JURÍDICA —así parece entenderlo Shapiro cuando sostiene que éste es un problema con la misma estructura del problema de la prioridad entre el huevo y la gallina—,<sup>3</sup> la respuesta sería sencilla: el concepto de autoridad es normativo, esto es, no hay ninguna propiedad empírica cuya posesión convierta a una persona o grupo de personas en una autoridad. Se requiere de una norma para atribuir competencia a alguien como autoridad. En cambio, el significado de una expresión lingüística puede ser calificado como “norma” en la medida en que pretenda influir sobre nuestra conducta para que hagamos o dejemos de hacer ciertas cosas, con independencia de que quien la formule pueda ser calificado como “autoridad”. Por consiguiente, la prioridad en este caso es clara: la noción de norma jurídica tiene prioridad conceptual sobre la noción de autoridad jurídica. Si en cambio el problema consistiera en determinar en qué medida nos obliga una norma si no podemos decir que ella ha sido dictada por una autoridad, la respuesta también parece sencilla: el problema de determinar si una norma nos obliga o no, sea que ella provenga o no de una autoridad, es un problema relativo a su justificación —política, ideológica o moral—, comple-

<sup>2</sup> No estoy muy convencido, en cambio, de que el propio Shapiro sea consciente de esta virtud de su planteo, dado que se toma en serio el problema al punto de utilizarlo como estrategia de presentación de las diferentes corrientes de pensamiento en la historia de la teoría jurídica (véase Shapiro, *op. cit.*, p. 42).

<sup>3</sup> Véase Shapiro, *op. cit.*, p. 39.

tamente independiente de nuestras reconstrucciones conceptuales.<sup>4</sup> Y si el problema consistiera en determinar qué es lo que permite considerar que una norma o autoridad es *jurídica*, la respuesta también parece simple: una autoridad es jurídica si está investida de tal carácter por una norma jurídica, y una norma es jurídica en la medida en que sea parte de un conjunto de normas orientado a regular la conducta de un grupo social que posea un cierto grado de complejidad al que, en virtud de tal característica, hemos convenido en denominar *derecho*.

Lo expuesto pone de manifiesto la relevancia que comporta la noción de sistema jurídico para una adecuada caracterización del derecho. La mayoría de los teóricos y filósofos del derecho han resaltado que el derecho no es un mero conglomerado de normas, sino que ellas se encuentran organizadas en *sistemas* más o menos complejos, esto es, conjuntos dotados de una cierta estructura u orden interno. No obstante, resulta un tanto paradójico que haya sido Hans Kelsen uno de los principales propulsores del desarrollo de la teoría de los sistemas jurídicos, siendo que Kelsen siempre defendió la idea de que lo que permite distinguir a un sistema jurídico de otros sistemas normativos como la moral, estaba dado por una característica propia de todas las normas jurídicas –la imputación de una sanción coactiva–.

Las ideas de Kelsen sobre las relaciones de derivación entre normas y los rasgos formales de los sistemas jurídicos, tales como su estructura jerárquica, se cuentan entre los pasos decisivos de un desarrollo adecuado de esta rama de la teoría del derecho. Sin embargo, el que su pensamiento haya sido fundamental para la disciplina no significa que se encuentre libre de complejas dificultades. Entre las más notorias se cuentan la caracterización kelseniana de una de las nociones capitales de la teoría de los sistemas

<sup>4</sup> Como lo apunta correctamente Bayón, cuando un agente acepta que debe realizar cierta acción *p* porque ello ha sido prescripto por cierta autoridad *A*, la estructura de su razonamiento práctico ha de interpretarse del siguiente modo: “1) se debe hacer lo que prescriba la autoridad *A*; 2) *A* prescribe que debe realizarse *p*; por consiguiente: 3) se debe hacer *p*”. Ahora bien, la premisa 1) en el razonamiento anterior puede expresar un deber independiente o dependiente de lo prescripto por alguna otra autoridad *A*’. Pero no es posible concebir una cadena infinita de razonamientos prácticos en los que la premisa mayor sea siempre la conclusión de un similar razonamiento previo, de modo que esa cadena debe romperse en algún punto aceptando un deber independiente de las prescripciones de toda autoridad, o bien debe aceptarse que no existe el deber de obedecer a ninguna autoridad (Bayón, Juan Carlos, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 268-270). Por ello, aceptar que debe obedecerse a una autoridad reposa en última instancia en un juicio de deber independiente de las directivas de una autoridad y, consiguientemente, seguir las directivas de una autoridad sólo puede justificarse apelando a otro tipo de normas.

jurídicos: la de la VALIDEZ JURÍDICA, así como su controvertida teoría de la *norma fundante básica*, dificultad intrínsecamente vincula con la paradoja de la posibilidad de Shapiro.

Para Kelsen la validez de una norma depende de que ella haya sido creada de conformidad con lo que disponen normas de jerarquía superior, fundamentalmente en lo que hace al órgano competente para su promulgación y al procedimiento que ha de seguirse para hacerlo. Sin embargo, Kelsen no *define* “validez” de este modo. Si bien muchos identifican la validez de una norma con su creación regular de conformidad con lo que otra dispone, en la *Teoría Pura* ese no es más que un *criterio* para determinar cuándo una norma es válida, no una definición de “validez”. La validez es definida por Kelsen, alternativamente, como la “existencia específica” de una norma o como la “fuerza obligatoria de una norma”.<sup>5</sup> La razón de ello es que para Kelsen un acto de prescribir sólo puede calificarse como “norma” si quien lo emite está autorizado a hacerlo, de modo que si alguien no autorizado formula una prescripción, su conducta no producirá una “norma válida”. Por consiguiente, decir que una norma es válida es tanto como decir que una norma existe como tal, y ese es el sentido de la primera caracterización de la idea de validez. Además, si una norma ha sido dictada de conformidad con otra norma jerárquicamente superior a ella, Kelsen considera que de acuerdo con esa norma superior es obligatorio hacer lo que la norma inferior dispone, lo cual estaría receptado en la segunda caracterización. Por consiguiente, decir que una norma es válida equivale a decir, por una parte, que ella existe como norma porque constituye el resultado de un acto de prescribir autorizado por otra norma y, por otra parte, que es obligatorio hacer lo que ella dispone, porque así lo establece la norma jerárquicamente superior a su respecto.

Muchos autores han sostenido que en esta reconstrucción Kelsen confunde dos diferentes nociones de validez, una de ellas descriptiva y la otra prescriptiva.<sup>6</sup> En sentido descriptivo, decir que una norma jurídica es válida

<sup>5</sup> Véase Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, Eduardo García Maynez (trad.), México, UNAM, 1989, pp. 115-116 (original: *General Theory of Law and State*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 1945), y *Teoría Pura del Derecho*, 2a. ed., Roberto Vernengo (trad.), México, UNAM, 1979, p. 193 (original: *Reine Rechtslehre*. Wien, 1960). Además POSITIVISMO JURÍDICO.

<sup>6</sup> El uso ambiguo de la noción de validez en la *Teoría Pura* ha sido destacado, entre otros trabajos, en Ross, Alf, “Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, núm. IV, 1961, pp. 46-93 (reproducido en Paulson, Stanley y Litschewski, Bonnie (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 147-163); Raz, Joseph, “Legal Validity”

significa que ella pertenece a un determinado sistema jurídico —lo que se correspondería con la noción kelseniana de “existencia específica”. En sentido prescriptivo, decir que una norma jurídica es válida significa que es obligatorio hacer lo que ella prescribe —lo que se correspondería con la noción kelseniana de “fuerza obligatoria”.

No obstante, quienes han reparado en esta ambigüedad no concuerdan en las conclusiones que han de proyectarse de ella. Así, Ross llama la atención sobre esta ambigüedad y se inclina por una lectura descriptiva del concepto de validez, considerando que el pensamiento de Kelsen debería ser reconstruido suprimiendo la noción de validez como fuerza obligatoria.<sup>7</sup> Ello por cuanto, a su entender, interpretar la noción de validez en un sentido descriptivo es el único camino compatible con una visión positivista del derecho, que es la que Kelsen afirma sostener. Tacha en consecuencia a Kelsen de *pseudopositivista* o *iusnaturalista encubierto* por no ser suficientemente consecuente con el ideario positivista al manejar igualmente una noción prescriptiva de validez. Nino, por su parte, advierte la misma impropiedad en la teoría de Kelsen, pero se sitúa en la posición opuesta a la de Ross, señalando que la reconstrucción más satisfactoria que puede hacerse de sus ideas es la que sostiene el predominio de la noción prescriptiva de validez, pese a que la idea de validez como fuerza obligatoria utilizada por Kelsen sería la misma que emplean las teorías iusnaturalistas.<sup>8</sup>

Bulygin ha sostenido que la confusión entre pertenencia y obligatoriedad lleva a Kelsen a problemas que se ponen de manifiesto paradigmáticamente en su idea de la *norma fundante básica*.<sup>9</sup> Cuando Kelsen se pregunta por el fundamento último de validez de un sistema jurídico, está abordando sin advertirlo dos cuestiones diferentes que requieren respuestas distintas. Para hacer esto explícito, Bulygin efectúa una reconstrucción de la sistematización del derecho utilizando primero la noción descriptiva de validez y luego la noción prescriptiva. Este análisis le sirve para evaluar críticamente la teoría de la norma fundante básica, apoyado en la idea de que este “pre-

---

en Raz, Joseph, *The Authority of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 146-159 y “The Identity of Legal Systems”, en Raz, Joseph, *op. cit.*, pp. 78-102; Nino, Carlos Santiago, *La validez del derecho*. Buenos Aires, Astrea, 1985; Garzón Valdés, Ernesto, “Algunos modelos de validez normativa” en Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, Ética y Política*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 73-105. No obstante, quien con mayor claridad y provecho ha presentado esta crítica es Eugenio Bulygin en Bulygin, Eugenio, “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Ratio Juris*, núm. 3, 1990, pp. 29-45 y *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006.

<sup>7</sup> Véase Ross, “Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law”, *op. cit.*

<sup>8</sup> Véase Nino, *La validez del derecho*, *op. cit.*

<sup>9</sup> Véase Bulygin, “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, *op. cit.*

supuesto lógico-trascendental” de los juristas pretende ilusoriamente ofrecer una respuesta única a dos problemas diversos.

Si se parte de la noción de validez en el sentido de pertenencia de una norma a un sistema, la pregunta por la validez de una norma busca determinar si ella es uno de los elementos que forman parte de un conjunto de normas que pueda denominarse “sistema jurídico”. Esa norma será válida si ella integra tal conjunto y no lo será si no forma parte del conjunto. En una reconstrucción simplificada de la idea kelseniana de *cadena de validez*, en sentido descriptivo, si queremos establecer si una sentencia determinada forma parte de un cierto sistema jurídico, habrá que analizar si fue dictada por una autoridad con competencia para hacerlo, si fue respetado el procedimiento establecido para su dictado por normas de mayor jerarquía y si su contenido se ajusta al establecido por otras normas igualmente superiores. Si estos requisitos no se cumplen, la norma no será válida en el sentido aquí considerado. Pero si se satisfacen, el problema no ha terminado, pues la validez de la sentencia dependerá ahora de la pertenencia al sistema de las normas superiores de las cuales, estática o dinámicamente, ella deriva. La validez de estas normas de nivel superior, a su vez, dependerá de la pertenencia al sistema de las normas en cuya virtud pueda justificarse la pertenencia de las anteriores. La cuestión se repetirá tantas veces como estratos normativos aparezcan en el sistema. Al llegar a la constitución vigente deberá analizarse, del mismo modo, si su pertenencia al sistema puede justificarse a partir de normas a su vez integrantes del sistema. Así, inexorablemente se alcanzará en algún momento una primera constitución histórica. Pero ahora, ¿cómo justificar la validez de esa primera norma positiva, esto es, la validez de la primera constitución histórica? Pues bien, en primer lugar, Kelsen rechaza la idea de que la validez de esa primera constitución histórica pueda derivarse de un *hecho*. Y ello debido al “abismo lógico” que a su juicio media entre el mundo del ser y el mundo del deber ser: de un hecho no es posible derivar la validez de una norma. En segundo lugar, Kelsen sostiene que la primera constitución no puede derivar su validez de ninguna *norma positiva*, ya que ella es, por definición, la norma positiva históricamente primigenia de dicho orden jurídico.<sup>10</sup> En tercer lugar, Kelsen tampoco puede admitir que la validez de la primera constitu-

<sup>10</sup> Contra esto podría interpretarse que la validez de la primera constitución de un cierto orden jurídico nacional se funda en una norma positiva del derecho internacional. Sin embargo, tal interpretación no soluciona el problema, por cuanto ahora habría que responder a la pregunta por el fundamento de validez de las normas del derecho internacional. Véase Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 2a. ed., *op. cit.*, p. 225 y ss.

ción deriva de una *norma moral*, ya que ello parecería obligarlo a renunciar a la tesis positivista de que todo derecho es derecho positivo. La salida de Kelsen consiste en sostener que el fundamento de validez de la primera constitución histórica –y, en consecuencia, de todas las restantes normas de un cierto orden jurídico– está dado por una norma a la que denomina “fundamental” o “básica”, que no sería una norma positiva sino una *norma presupuesta*, esto es, una *norma pensada*, que permitiría interpretar el sentido subjetivo del acto que dio origen a la primera constitución como el sentido objetivo de una norma y, en consecuencia, concebir a todo el sistema que de ella se deriva como un sistema jurídico. Se trataría de una hipótesis epistemológica, un *presupuesto lógico trascendental*, en la terminología que Kelsen toma de Kant.

La norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción del derecho, y puede ser designada, en este sentido, como constitución en sentido lógico-jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico positivo. Es el punto de partida de un proceso: el proceso de la producción del derecho positivo. No es ella misma una norma impuesta por la costumbre, o por el acto de un órgano de derecho; no es una norma impuesta, sino presupuesta, en tanto la instancia constituyente es vista como la autoridad suprema y, en consecuencia, en tanto no puede ser vista como facultada para dictar la constitución por una norma establecida por una autoridad aún superior.<sup>11</sup>

Ahora bien, si se considera el sentido descriptivo de validez, parece un sinsentido –y esto es lo que afirma Bulygin– preguntarse por el “fundamento de validez” de la primera constitución. Como se dijo, cuando se busca determinar si una norma es válida en sentido descriptivo lo único que se pregunta es si ella integra un cierto conjunto de normas. Las normas que integran el conjunto analizado son todas las que puedan derivarse a partir de una primera constitución, que es la que históricamente dio origen al sistema. El sistema estará conformado, entonces, por una primera constitución histórica y un conjunto de normas que se derivan de ella estática o dinámicamente. No hay ninguna pregunta adicional que tenga sentido formular acerca de la “validez” de la primera constitución para resolver las cuestiones que pueden suscitarse sobre la identificación de los elementos del conjunto. La inclusión en un cierto sistema jurídico de una norma no originaria depende de que ella se derive de otras normas. Pero todo sistema jurídico debe tener alguna norma originaria, de la cual se derivan todas las demás, y ésta es la primera constitución. Todo sistema jurídico positivo es un conjunto finito

<sup>11</sup> Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 2a. ed., *op. cit.*, p. 206.

de normas; la pertenencia de algunas de tales normas puede justificarse a partir de la pertenencia de otras normas al sistema. Se denominarán aquí “normas derivadas” a las que poseen esa característica. Pero como se trata de sistemas finitos, no es posible que respecto de toda norma exista otra que permita justificar su pertenencia, es decir, habrá necesariamente ciertas normas no derivadas. El sistema estará conformado, pues, por ciertas normas no derivadas y otras que se derivan de las primeras.<sup>12</sup> Preguntarse por el “fundamento de validez”, en el sentido aquí considerado, de una norma derivada equivale a cuestionarse por las razones que justifican considerar a dicha norma como perteneciente de manera derivada al sistema. La respuesta a dicha pregunta consistirá en mostrar de qué modo esa norma se deriva de otras. Pero esta idea presupone que hay normas que no son derivadas, y respecto de ellas no hay respuesta a la pregunta por su “fundamento de validez”, en este sentido, simplemente porque la pregunta está mal planteada: sería tanto como preguntarse de dónde se derivan las normas no derivadas, lo cual es absurdo.

Por lo expresado hasta aquí, como destaca Bulygin, si por “validez” se entiende una referencia a la pertenencia de una norma a un sistema, la idea kelseniana de la norma fundante básica resulta *superflua* para fundar la “validez” de la primera constitución, ya que esta última es la que define al sistema como unidad independiente, por lo que no se requiere de ninguna norma para justificar su pertenencia al sistema.

Si en cambio se reconstruye la cadena de validez kelseniana que remata en la norma fundante básica tomando en consideración el sentido prescriptivo de validez, cuando se pregunta por la validez de una norma lo que se pretende es una justificación del deber de cumplir con ella. El deber de cumplir con una norma no puede sino ser impuesto por otra norma, a la que se considerará (en algún sentido) jerárquicamente superior a la primera. Resulta de la mayor importancia distinguir esta respuesta de la que se ofrecía en el caso anterior. Si bien aquí también se apela a una norma para fundamentar la “validez” de otra, como el sentido de “validez” considerado es distinto, las preguntas son diferentes e igualmente deberían serlo las respuestas. En el caso de la validez descriptiva, como se dijo, se apela a una norma para justificar que otra

<sup>12</sup> Véase Caracciolo, Ricardo, *El Sistema Jurídico. Problemas actuales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 31.



norma *integra un conjunto*. En el caso de la validez prescriptiva, se apela a una norma para justificar *el deber de cumplir* con otra norma.

Para poder considerar válida en sentido prescriptivo, esto es, obligatoria, a una norma  $N_1$ , no basta simplemente con que una norma  $N_2$  imponga el deber de cumplirla: se requiere además que la propia norma  $N_2$  sea obligatoria. De manera que, como para justificar el deber de cumplir con una norma se debe apelar a otra norma *a su vez obligatoria*, esta cadena de justificación parece conducir a un regreso hacia el infinito. Si para justificar la validez en sentido prescriptivo de una cierta norma se llega, a través de una cadena de validez, a una primera constitución histórica, ahora tiene perfecto sentido preguntarse por qué es obligatorio cumplir con la primera constitución.

Esto es lo que habría llevado a Kelsen a postular su idea de la norma fundante básica, una norma no positiva, presupuesta en todo orden jurídico, que establecería el deber de obedecer las normas dictadas por el primer constituyente y constituiría el fundamento de validez de las restantes normas del sistema. Pero, como lo remarca Bulygin, la norma fundante básica resultaría *insuficiente* para fundar la validez en sentido prescriptivo de la primera constitución y, consiguientemente, de todas las restantes normas del sistema. El deber de cumplir con la primera constitución sólo puede surgir de una norma que así lo disponga, pero de una norma genuina, no de una “norma pensada”, no de un “supuesto epistemológico” o “lógico-trascendental”. Y, como si eso fuera poco, ella misma debe ser obligatoria.

La norma fundante básica sería, entonces, o bien superflua si se toma en cuenta el sentido descriptivo de validez, o bien insuficiente si se considera el sentido prescriptivo de validez. Su presencia en la teoría kelseniana sólo se justifica debido a la falta de distinción por parte de Kelsen de esas dos nociones.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> A partir de esta conclusión, Bulygin propone otorgar preeminencia a la noción descriptiva de validez en la *Teoría Pura del Derecho*, pues considera que optar por la noción prescriptiva obligaría al intérprete a admitir que la concepción kelseniana se aparta del postulado fundamental del positivismo jurídico, cual es la separación tajante entre el derecho y la moral. Esto parece, no obstante, un tanto desconcertante. Si el positivismo es concebido como una determinada manera de caracterizar el derecho de acuerdo con la cual la identificación de una norma como miembro de un sistema jurídico dependería exclusivamente de ciertos hechos sociales complejos y no de una evaluación moral de su contenido, de ello se sigue, tal como lo remarca Hart, que decir que cierta norma es parte de un sistema jurídico no suministra una respuesta concluyente a la cuestión de si existe un deber moral de obedecerla (véase Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*. Genaro Carrió, [trad.], Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 259-260 [original: *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press,

En síntesis, la expresión “validez” asume varios sentidos que no deben confundirse, pues de lo contrario pueden generarse muy serios problemas en la reconstrucción de los conceptos jurídicos más fundamentales. Si “validez” se interpreta como sinónimo de creación regular de una norma de conformidad con las pautas fijadas por otras normas, no todas las normas de un sistema jurídico pueden ser calificadas como válidas: la primera constitución histórica no es ni válida ni inválida en este sentido. Si “validez” se interpreta como sinónimo de pertenencia a un sistema, en cambio, todas las normas que componen un sistema jurídico serán normas válidas, pero deberá distinguirse entre ellas aquellas cuya pertenencia depende de su relación con otras normas del sistema (normas derivadas) y aquellas cuya pertenencia no depende de su relación con otras normas del sistema (normas originarias o no derivadas). Y, además, debe tenerse presente que predicar la validez de una norma en este sentido constituye solamente un juicio descriptivo que afirma que ella es parte de un conjunto más amplio de normas, sin que ello importe evaluación alguna respecto del deber de cumplirla o aplicarla. Por último, si “validez” se interpreta como sinónimo de fuerza obligatoria, en principio calificar como válida a una norma jurídica en este sentido importa una evaluación desde un punto de vista extrajurídico. De todos modos, debería tenerse en cuenta que esta calificación resulta todavía problemática, porque decir que una norma posee fuerza obligatoria puede leerse como una genuina norma que prescribe el deber de cumplir con ella, o bien como una proposición normativa que se limita a señalar que otra norma impone el deber de cumplir con ella. Y tanto en el primer caso como en el segundo, tales calificaciones pueden hacerse desde un punto de vista jurídico o desde un punto de vista moral.<sup>14</sup>

---

1961]). Por consiguiente, una vez que se distinguen los sentidos prescriptivo y descriptivo de validez, ¿por qué razón una teoría positivista del derecho debería rechazar la noción prescriptiva como incompatible con su tesis central? En la medida en que el problema de la identificación de las normas jurídicas y el problema de su fuerza obligatoria se consideren independientes, no parece existir ninguna posible contradicción entre la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral y la aceptación de la noción de validez como fuerza obligatoria (véase Ferrer Beltrán, Jordi y Rodríguez, Jorge Luis, *Jerarquías normativas y dinámica jurídica*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, p. 54).

<sup>14</sup> Para una crítica en este punto al análisis de Bulygin, véase Ferrer Beltrán y Rodríguez, *Jerarquías normativas y dinámica jurídica*, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

## II. CONCEPCIONES Y ESTRUCTURA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

Interpretar al derecho como un sistema obliga a seleccionar cierta relación o relaciones entre sus elementos componentes; no obstante, es una cuestión controvertida cuáles sean las relaciones relevantes que le confieren al derecho una estructura sistemática.<sup>15</sup> Dos han sido las candidatas más exploradas: relaciones deductivas entre normas y relaciones de creación regular de normas. Cada una de esas relaciones determinaría un cierto criterio de pertenencia de normas a un sistema jurídico: el *criterio de deducibilidad* y el *criterio de legalidad*. Una norma  $N$  pertenecería a un sistema jurídico  $S$  en virtud del criterio de deducibilidad si y sólo si  $N$  pertenece a las consecuencias lógicas de  $S$ ; mientras que una norma  $N$  pertenecería a un sistema jurídico  $S$  en virtud del criterio de legalidad si y sólo si  $N$  ha sido creada regularmente de conformidad con una norma  $N_1$  que pertenece a  $S$ . La creación regular de  $N$  de conformidad con  $N_1$  dependería de la satisfacción conjunta de las dos condiciones siguientes: en primer lugar, que  $N_1$  faculte u otorgue competencia a un sujeto  $x$  a crear  $N$ ; en segundo lugar, que  $x$  haya creado la norma  $N$ .

En síntesis:

Criterio de deducibilidad:  $N D \in S_j$  sii  $N \in C_n(S_j)$

(donde “ $D \in$ ” significa pertenencia en virtud del criterio de deducibilidad y “ $C_n(S_j)$ ” equivale a la clausura del sistema  $S_j$  bajo la noción de consecuencia lógica.)

Criterio de legalidad:  $N L \in S_j$  sii  $N CR N_1 \in S_j$   
y  $N CR N_1$  sii 1)  $N_1 Fx C(N)$ , y  
2)  $x C(N)$

(donde “ $L \in$ ” significa pertenencia en virtud del criterio de legalidad; “ $N CR N_1 \in S_j$ ” que la norma  $N$  ha sido creada regularmente de conformidad con lo que establece  $N_1$  que pertenece a  $S_j$ ; “ $N_1 Fx C(N)$ ” que la norma  $N_1$  faculta a una autoridad  $x$  a crear la norma  $N$ , y “ $x C(N)$ ” que la autoridad  $x$  ha creado la norma  $N$ .)

<sup>15</sup> Para una excelente presentación de tal discusión, véase Ratti, Giovanni Battista, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*. Torino, Giappichelli, 2008.

A primera vista, tal como lo indica Caracciolo, sobre la base de estos dos criterios se podrían ofrecer cuatro diversos modelos analíticos de pertenencia:<sup>16</sup>

- M1:  $N \in S \text{ sii } N D \in S$
- M2:  $N \in S \text{ sii } N L \in S$
- M3:  $N \in S \text{ sii } (N D \in S \wedge N L \in S)$
- M4:  $N \in S \text{ sii } (N D \in S \vee N L \in S)$

De acuerdo con  $M_1$ , las normas que integrarían un sistema jurídico serían aquellas que satisfagan el criterio de deducibilidad; de acuerdo con  $M_2$ , las normas que integrarían un sistema jurídico serían aquellas que satisfagan el criterio de legalidad; de acuerdo con  $M_3$ , las normas que integrarían un sistema jurídico serían aquellas que satisfagan conjuntamente los criterios de legalidad y deducibilidad, y de acuerdo con  $M_4$ , las normas que integrarían un sistema jurídico serían aquellas que satisfagan ya sea el criterio de legalidad o el de deducibilidad. De estos cuatro modelos, parecería preferible el último sobre los restantes para reconstruir las relaciones de pertenencia de normas a un sistema jurídico.<sup>17</sup> Sin embargo, las cosas no son tan simples. Como tanto el criterio de legalidad como el de deducibilidad permiten justificar la pertenencia de una norma a un sistema jurídico en virtud de su relación con otras normas, ambos criterios suponen ya la preexistencia de ciertas normas en el sistema, de manera que ninguno de los cuatro modelos puede aceptarse como una reconstrucción satisfactoria de los criterios de pertenencia de todas las normas de un sistema jurídico. Si las relaciones sistemáticas no son circulares, entonces en todo sistema jurídico debe existir al menos una norma cuya pertenencia no dependa de que ella sea una consecuencia lógica de otras normas del sistema ni de que satisfaga otras relaciones sistemáticas, esto es, debería existir al menos una norma independiente o no derivada, tal como ya se indicó en el punto anterior. Con todo, se los podría interpretar como modelos de pertenencia a un cierto subconjunto de normas jurídicas: las normas dependientes o derivadas, dando por supuesto que en un sistema jurídico coexisten normas dependientes —aquellas cuya pertenencia es una función de su relación con otras normas— y normas independientes o no derivadas —aquellas cuya pertenencia no es una función de su relación con otras normas.

<sup>16</sup> Véase Caracciolo, *El Sistema Jurídico. Problemas actuales*, op. cit., pp. 59 y 60.

<sup>17</sup> Véase Caracciolo, *El Sistema Jurídico. Problemas actuales*, op. cit., p. 66.

En segundo lugar –y lo que es más importante–, en la medida en que el criterio de deducibilidad toma como relevante la relación de consecuencia lógica, solo puede ser tomado como un criterio de pertenencia a un conjunto. En virtud del principio de extensionalidad, la identidad de un conjunto depende enteramente de la identidad de los elementos que lo componen,<sup>18</sup> de manera tal que los conjuntos conforman entidades estáticas: si un elemento  $x$  perteneciente a un conjunto  $A$  es eliminado, el resultado de tal operación será un nuevo conjunto  $B$ . Por el contrario, el criterio de legalidad pretende dar cuenta de la naturaleza dinámica del derecho, esto es, la idea de que el contenido del derecho puede cambiar, sin que por ello pierda su identidad. A diferencia de los sistemas morales, que no se encuentran abiertos a los cambios deliberados, los sistemas jurídicos contienen normas que regulan la potestad normativa de incorporar o eliminar contenidos normativos. Esas normas que confieren potestades normativas definen a las autoridades normativas y regulan el ejercicio de la competencia jurídica.

Siendo ello así, si se concibe a los sistemas jurídicos como conjuntos de normas –entre otros posibles elementos–, el criterio de deducibilidad puede ser tomado como un criterio de pertenencia de normas a sistemas semejantes, no así el criterio de legalidad. Por el contrario, si se concibe a los sistemas jurídicos como sistemas dinámicos, lo cual requiere reconstruirlos no como conjuntos de normas sino como sucesiones de conjuntos de normas a lo largo del tiempo,<sup>19</sup> el criterio de legalidad puede ser tomado como criterio de pertenencia de conjuntos de normas a tales secuencias, no así el criterio de deducibilidad. La razón de esto es que, bajo esta interpretación, la unidad que persiste pese a los cambios de normas en el tiempo es una secuencia de conjuntos que son reemplazados por otros con cada acto válido de promulgación, reforma o derogación de normas. De modo que, en este enfoque, las normas pertenecen a conjuntos estáticos que, a su vez, pertenecen a una secuencia dinámica, y el criterio de legalidad lo que especifica es cuándo se admitirá un nuevo conjunto en esa secuencia como resultado de un acto de modificación normativa.<sup>20</sup> Por consiguiente, los dos criterios no pueden determinar la pertenencia de una misma clase de elementos a

<sup>18</sup> El principio de extensionalidad puede representarse del siguiente modo:  $(PE) \forall x ((x \in A) \leftrightarrow (x \in B)) \rightarrow A = B$ . Esto significa que si dos conjuntos  $A$  y  $B$  tienen exactamente los mismos elementos, son en realidad el mismo conjunto.

<sup>19</sup> En el punto IV se examinará con detalle esta idea.

<sup>20</sup> Aunque las normas pertenecen a conjuntos estáticos y estos pertenecen a la secuencia dinámica, las normas no pertenecen a la secuencia porque la relación de pertenencia no es transitiva (véase Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 42).

una entidad única: el criterio de deducibilidad puede constituir en todo caso un criterio de pertenencia de normas a un conjunto estático, mientras que el criterio de legalidad solo puede constituir un criterio de pertenencia de conjuntos a una secuencia dinámica.

Concebir al derecho como un conjunto estático de normas resulta particularmente apropiado para tratar de reconstruir el conjunto de las normas que resultan relevantes para la solución de un caso. Desde este punto de vista, la finalidad básica de la reconstrucción sistemática apunta a determinar las consecuencias que se siguen de ciertas normas con respecto a un problema jurídico teórico o práctico en un contexto específico, esto es, se busca reconstruir el tipo de operación que llevan a cabo los juristas cuando examinan las soluciones que se derivan del derecho vigente respecto de un caso real o hipotético, y los órganos jurisdiccionales cuando deben justificar sus fallos respecto de un conflicto que se les somete a su decisión. Es con este tipo de finalidades en mira que cobra sentido la afirmación de Alchourrón de que un principio ideológico que posee particular importancia con relación a la reconstrucción sistemática del derecho es aquel que sostiene que los jueces deben resolver todos los casos que se les someten a juzgamiento dentro del límite de su competencia mediante decisiones fundadas en normas jurídicas.<sup>21</sup> En este enfoque la relación entre normas que define la estructura sistemática es la relación de consecuencia lógica. Este es el concepto de sistema jurídico que fuera tan fructíferamente estudiado por los profesores argentinos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin en *Normative Systems*.<sup>22</sup>

En cambio, concebir al derecho como una unidad dinámica resulta particularmente apropiado para ofrecer una caracterización del derecho como fenómeno institucional desde la perspectiva de la filosofía jurídica. Desde este punto de vista, la finalidad básica de la reconstrucción sistemática apunta a distinguir al derecho de otros sistemas normativos, centrando la atención en el hecho de que autoridades de diferentes jerarquías promulgan y derogan normas orientadas a regular la conducta de cierto grupo social. Esta segunda noción de sistema jurídico no puede ser adecuadamente explicada en términos de un sistema estático, puesto que el derecho de una comunidad política posee naturaleza dinámica, en el sentido de que su contenido cambia como

<sup>21</sup> Véase Alchourrón, Carlos, "On Law and Logic", *Ratio Juris*, vol. 9, núm. 4, 1996. pp. 331-348.

<sup>22</sup> Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975 (original: *Normative Systems*. Springer Verlag, New York-Wien, 1971).

consecuencia de actos de promulgación, reforma o derogación de normas. Aquí la relación entre normas que define la estructura sistemática es la relación de legalidad de los actos de producción normativa.

Cuando se emplea la noción de sistema jurídico desde una perspectiva estática con miras a la identificación de las normas relevantes para la solución de cierto caso, se vuelve muy importante tomar en cuenta la noción de *aplicabilidad* de las normas, esto es, el deber jurídico que pesa sobre los jueces de aplicar una norma a cierto caso.<sup>23</sup> Raz ha sostenido que los sistemas jurídicos son sistemas abiertos pues una de sus principales funciones consiste en conferir fuerza obligatoria (aplicabilidad) a normas que no pertenecen a él.<sup>24</sup> En este sentido, el conjunto de las normas que resultan relevantes para la resolución de un caso no necesariamente es un subconjunto de alguno de los conjuntos de normas que integran una secuencia dinámica, entendida esta última noción como una reconstrucción simplificada del derecho como sistema institucional. Por ello, una generalización de la idea del sistema de normas relevantes para la solución de un caso no tiene por qué coincidir con la idea del conjunto global de normas que configura un momento temporal en la secuencia que conforma un mismo derecho nacional.

El derecho en un cierto momento puede ser entendido como un *macro-sistema*; el conjunto de las normas que un juez debe tomar en consideración para resolver un cierto problema puede reconstruirse como un *microsistema*. Pero esos microsistemas pueden estar conformados por normas vigentes en distintos momentos temporales del orden jurídico, o incluso por normas que no integran ningún sistema de la secuencia que conforma el derecho en cuyo marco el juez cumple su función. Por supuesto, decir que el sistema de normas relevantes para la solución de un caso no es idéntico y puede ni siquiera ser un subconjunto propio de uno de los sistemas globales que

<sup>23</sup> Véase Bulygin, Eugenio, "Time and Validity" en Martino, Antonio (ed.). *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*. North Holland-Amsterdam-New York-Oxford, North Holland Publishing Company, 1982, pp. 65-82; Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, "Applicability and Effectiveness of Legal Norms", *Law and Philosophy*, núm. 16, 1997, pp. 201-219; "The Reception of Norms and Open Legal Systems", Paulson, Stanley y Litschewski, Bonnie (eds.). *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, op. cit., pp. 273-292. Desarrollos ulteriores en torno a la noción de aplicabilidad pueden consultarse en Navarro, Pablo, Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge Luis y Sucar, Germán, "La aplicabilidad de las normas jurídicas" en Comanducci, Paolo y Guastini, Riccardo (eds.), *Analisi e Diritto 2000. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*. 2000, pp. 133-152 y "Applicability of Legal Norms", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. VII, núm. 2, 2004, pp. 337-359.

<sup>24</sup> Véase Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1990, pp. 152-154; "Incorporation by Law", *Legal Theory*, núm. 10, 2004, pp. 1-17.

integran la secuencia de un orden jurídico no equivale a sostener que no existan relaciones más complejas entre ellos.<sup>25</sup>

### III. PROPIEDADES FORMALES DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS ESTÁTICOS

Muchos teóricos del derecho han asumido como una verdad evidente que el derecho entendido como un conjunto de normas –esto es, desde el punto de vista estático– es necesariamente completo, en el sentido de que no existen conductas que carezcan de solución jurídica, de modo que las acciones no prohibidas son consideradas implícitamente reguladas como permitidas.<sup>26</sup> No obstante, la discusión iusilosófica en torno al problema de la completitud y la posibilidad de lagunas en el derecho se ha visto ensombrecida por falta de claridad conceptual.

Uno de los errores más persistentes en el tratamiento del problema de las lagunas en el derecho puede presentarse del siguiente modo: pese a la insistencia de los positivistas de corte hartiano en rechazar la existencia de una única respuesta correcta para cada caso jurídico, Dworkin ha sostenido que la tesis de las fuentes sociales, definitoria del POSITIVISMO JURÍDICO,

<sup>25</sup> Un análisis preliminar de tales relaciones puede encontrarse en Rodríguez, Jorge Luis, *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 147-158. Recientemente Ronald Dworkin ha propuesto distinguir diferentes conceptos de derecho. En primer lugar, sostiene que se utilizaría un concepto *doctrinario* de derecho para expresar proposiciones jurídicas, esto es, afirmaciones relativas a lo que el derecho exige, permite o prohíbe, así como las consecuencias que se siguen de ello. En segundo lugar, se emplearía un concepto *sociológico* de derecho cuando se hace referencia a un tipo particular de estructura social, institución o pauta de conducta. En tercer lugar, se emplearía un concepto *taxonómico* de derecho cuando se clasifica a cierta regla o principio como jurídico y no de otra clase. Finalmente, se usaría un concepto *ideal (aspirational)* de derecho cuando se hace referencia al ideal de legalidad o al estado de derecho (véase Dworkin, Ronald, *Justice in Robes*. Cambridge, Mas.London, Harvard University Press, 2006, pp. 2-5). Las dos concepciones de los sistemas jurídicos que se distinguen en el texto poseen afinidades muy próximas con estas distinciones de Dworkin: por una parte, la noción estática de sistema jurídico, entendida como referida al conjunto de las normas que resultan relevantes para la solución de un caso, parece cercana al concepto doctrinario de derecho de Dworkin, en tanto que la idea de una noción dinámica de sistema jurídico, entendida como referida a una secuencia histórica que recoge los cambios institucionales que sufre el derecho, parece cercana a los conceptos sociológico y taxonómico de derecho en la terminología de Dworkin.

<sup>26</sup> Véase Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 2a. ed., *op. cit.*, pp. 131-132; Raz, *Practical Reason and Norms*, 2a. ed., *op. cit.*, p. 170.



tendría la contraintuitiva consecuencia de implicar la tesis de la necesaria completitud del derecho. Su razonamiento puede esquematizarse así:

- |     |                                   |   |
|-----|-----------------------------------|---|
| (1) | $p \leftrightarrow Fp$            | Tesis de las fuentes sociales                                   |
| (2) | $\neg p \leftrightarrow \neg Fp$  | por contraposición en (1)                                       |
| (3) | $\neg p \leftrightarrow F\neg p$  | por sustitución de $p$ por $\neg p$ en (1)                      |
| (4) | $\neg Fp \leftrightarrow F\neg p$ | por transitividad del bicondicional en (2) y (3). <sup>27</sup> |

En términos menos formales, si para el positivismo la verdad de una proposición jurídica como “está prohibido matar” es –al menos– materialmente equivalente a la existencia de una fuente social para la proposición “está prohibido matar”, ello implicaría lógicamente que la falsedad de “está prohibido matar” sería materialmente equivalente a la inexistencia de una fuente social para la proposición “está prohibido matar”; pero también que la falsedad de “está prohibido matar” es materialmente equivalente a la existencia de una fuente social para la proposición “está permitido matar”. Esto permitiría concluir, por transitividad, que la inexistencia de una fuente social para la proposición “está prohibido matar” resultaría materialmente equivalente a la existencia de una fuente social para la proposición “está permitido matar”. Dicho brevemente, lo que no está jurídicamente prohibido, está permitido.

A primera vista, el rechazo de esta consecuencia obligaría al positivismo a abandonar el principio lógico de bivalencia respecto de las proposiciones acerca del derecho. Permítaseme introducir la siguiente leve variación en el razonamiento anterior: en lugar de representar la verdad de una proposición jurídica simplemente como  $p$ , lo haré con la expresión “ $Vp$ ”, donde “ $V$ ” se emplea para representar el predicado “verdadero”.<sup>28</sup>

- |      |                                   |  |
|------|-----------------------------------|--|
| (1') | $Vp \leftrightarrow Fp$           | Tesis de las fuentes sociales                |
| (2') | $\neg Vp \leftrightarrow \neg Fp$ | por contraposición en (1')                   |
| (3') | $V\neg p \leftrightarrow F\neg p$ | por sustitución de $p$ por $\neg p$ en (1'). |

<sup>27</sup> Véase Dworkin, Ronald, “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?” en Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*. Cambridge-London, Harvard University Press, 1985, p. 133.

<sup>28</sup> Sigo aquí a von Wright, Georg Henrik, “Truth Logic” en von Wright, Georg Henrik, *Truth, Knowledge and Modality. Philosophical Papers Volume III*. Oxford, Basil Blackwell, 1984, pp. 26-41 y “Truth-Logics” en von Wright, Georg Henrik, *Six Essays in Philosophical Logic. Acta Philosophica Fennica, vol 60*, Helsinki, North-Holland Publishers, 1996, pp. 71-91. Véase también Moreso, José Juan; Navarro, Pablo y Redondo, Cristina, “Sobre la lógica de las lagunas en el derecho”, *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 33, núm. 99, 2001, pp. 47-73.

Ahora bien, en la lógica tradicional se asume tanto el principio de tercero excluido, esto es, que una proposición o bien es verdadera o bien no lo es ( $Vp \vee \neg Vp$ ), como el principio de bivalencia, es decir, que o bien es verdadera una proposición o bien es verdadera su negación ( $Vp \vee V\neg p$ ). En dicho marco, que una proposición no sea verdadera y que sea verdadera su negación —es decir, que sea falsa— resultan equivalentes ( $\neg Vp \leftrightarrow V\neg p$ ). Pero si se abandona el principio de bivalencia, esta última afirmación no puede mantenerse. Del rechazo del principio de bivalencia se sigue que una proposición puede ser a) verdadera; b) falsa, o c) ni verdadera ni falsa ( $Vp \vee V\neg p \vee (\neg Vp \wedge \neg V\neg p)$ ), razón por la cual “no verdadero” ( $\neg Vp$ ) ya no puede tomarse como equivalente de falso ( $V\neg p$ ), puesto que ahora comprende no sólo los casos b) sino también los casos c). Por ello, si se rechaza el principio de bivalencia respecto de las proposiciones jurídicas, como los primeros términos de los bicondicionales de (2<sup>o</sup>) y (3<sup>o</sup>) no serían equivalentes, ya no podría darse el análogo del paso (4) del razonamiento de Dworkin y sostener que la inexistencia de una fuente social para la proposición jurídica  $p$  sería materialmente equivalente a la existencia de una fuente social para la proposición jurídica  $\neg p$ .

Este parece ser el criterio seguido por diferentes teóricos, quienes interpretan que una tesis realista respecto de los enunciados acerca del derecho, que implicaría que todo enunciado jurídico es verdadero o falso de conformidad con cierta realidad objetiva cuya existencia y constitución es independiente de nuestro conocimiento, resulta incompatible con las tesis básicas del positivismo.<sup>29</sup> Desde este punto de vista, para el positivismo la verdad de las proposiciones jurídicas no podría ser concebida con independencia de las condiciones para el reconocimiento de su verdad.<sup>30</sup> Una proposición jurídica como “en Argentina está prohibido matar” sería verdadera si existe una convención a su respecto. Ahora bien, o existe una convención respecto de que en Argentina está prohibido matar, o existe

<sup>29</sup> Sobre el antirrealismo en general, véase Dummett, Michael, *The Logical Basis of Metaphysics*. Cambridge, Mas., Harvard University Press, pp. 9-12; Engel, Pascal, *The Norm of Truth*. New York-London, Harvester Wheatsheaf, 1991, pp. 135-141. Sobre sus consecuencias para la teoría jurídica, véase por ejemplo Marmor, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 90. Sin embargo, más tarde Marmor sostuvo que la posibilidad de lagunas jurídicas es compatible con el enfoque que defiende la aplicabilidad de los principios de bivalencia y tercero excluido al campo jurídico (véase Marmor, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001, pp. 142-143).

<sup>30</sup> La misma idea es explícitamente defendida en Moreso, José Juan, *Indeterminación normativa e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, capítulo II.

una convención respecto de que en Argentina no está prohibido matar, o no existe convención respecto de ninguna de las dos cosas. Por ello, el positivismo estaría comprometido con el rechazo del principio de bivalencia respecto de la verdad de las proposiciones jurídicas.<sup>31</sup>

No obstante, existe una forma alternativa de evitar la indeseada conclusión del argumento, que posee la ventaja de resultar más respetuosa de la máxima de la mutilación mínima de Quine.<sup>32</sup> De conformidad con este punto de vista, la tesis de las fuentes sociales del derecho no sostiene que admitir la verdad de la proposición “en Argentina está prohibido matar” requiere la existencia de una convención acerca de la verdad de dicha proposición. La tesis de las fuentes sociales sostiene que la verdad de la proposición jurídica “en Argentina está prohibido matar” depende de la existencia de una convención respecto de *la existencia de una norma* que prohíbe matar en Argentina o, si se quiere, respecto de los criterios para identificar a la norma “prohibido matar” como perteneciente al derecho argentino. Por ello, lo que se requiere para evitar la conclusión que pretende atribuir Dworkin al positivismo no es el rechazo del principio lógico de bivalencia, sino diferenciar con claridad a las normas de las proposiciones acerca de ellas,<sup>33</sup> algo que en las dos reconstrucciones anteriores del argumento resulta imposible dado que el símbolo *p* es empleado indistintamente para representar proposiciones jurídicas y normas jurídicas.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Este argumento fue sugerido por el propio Dworkin como posible salida para el positivismo jurídico (véase Dworkin, “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?”, *op. cit.*, p. 133). Dworkin examina dos versiones del rechazo del principio de bivalencia respecto de las proposiciones jurídicas. De acuerdo con la primera, dos proposiciones como “el contrato firmado por *x* e *y* es válido” y “el contrato firmado por *x* e *y* no es válido” pueden ser ambas falsas porque la última no sería la negación de la primera, dado que podrían existir categorías intermedias. De acuerdo con la segunda, se asumiría que una de las proposiciones es la negación de la otra, pero se rechazaría que una de ellas deba necesariamente ser verdadera como consecuencia del rechazo del principio de bivalencia.

<sup>32</sup> Véase Quine, W. V. O., “Two Dogmas of Empiricism”, *The Philosophical Review*, vol. 60, 1951, pp. 20-43.

<sup>33</sup> Véase von Wright, Georg Henrik, *Norm and Action. A Logical Inquiry*. London, Routledge & Keagan Paul, 1963, p. 106. La dificultad para distinguir entre normas y proposiciones normativas deriva de que la misma expresión lingüística (“está prohibido fumar”) puede emplearse ambiguamente para expresar una norma o una proposición normativa, según quién la utilice y en qué contexto lo haga.

<sup>34</sup> Dworkin incurre claramente en este error cuando afirma que la estructura del positivismo como tipo de teoría jurídica puede presentarse del siguiente modo: “...si *p* representa una proposición jurídica, y *L(p)* expresa el hecho de que alguien o cierto grupo ha actuado de modo de hacer (*p*) verdadera, entonces el positivismo sostiene que (*p*) no puede ser verdadera a menos que *L(p)* sea verdadera” (Dworkin, “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?”, *op. cit.*, p. 131. La traducción es mía).

Tomando en cuenta esta distinción, es posible reconstruir las premisas del argumento del siguiente modo:

- (1'') "PhM"  $\in$  S  $\leftrightarrow$  FS "PhM" Tesis de las fuentes sociales
- (2'') "PhM"  $\notin$  S  $\leftrightarrow$   $\neg$ FS "PhM" por contraposición en (1'')
- (3'') " $\neg$ PhM"  $\in$  S  $\leftrightarrow$  FS " $\neg$ PhM" por sustitución de "PhM" por " $\neg$ PhM" en (1'')

De conformidad con la tesis positivista de las fuentes sociales del derecho, la afirmación de que en el sistema jurídico S está prohibido matar equivale a la existencia de una fuente social en S para la norma "prohibido matar". Afirmar que en el sistema jurídico S no está prohibido matar equivale a la inexistencia de una fuente social en S para la norma "prohibido matar". Y afirmar que en el sistema jurídico S hay una norma que no prohíbe —esto es, que permite— matar equivale a la existencia de una fuente social en S para la norma "no prohibido —permitido— matar".

Al distinguir con claridad entre normas y proposiciones normativas se hace necesario diferenciar dos sentidos distintos en los que puede decirse que una conducta está permitida: un sentido meramente negativo (no hay una norma que prohíbe) y un sentido positivo (hay una norma que permite). La ausencia de una convención que permita considerar a la norma "prohibido matar" como perteneciente al derecho argentino (tal como se sostiene en (2'')) no equivale a la existencia de una convención que permita considerar a la norma "no está prohibido matar" como perteneciente al derecho argentino (tal como se sostiene en (3'')). Por consiguiente, el positivismo puede rechazar el cargo hecho por Dworkin de que su tesis básica implicaría la necesaria completitud del derecho sin necesidad de comprometerse con una tesis antirrealista que rechaza el principio de bivalencia respecto de la verdad de las proposiciones jurídicas.<sup>35</sup>

Una confusión muy similar entre normas y proposiciones normativas oscurece las observaciones de Raz sobre las lagunas jurídicas. Raz considera que un sistema jurídico es completo si suministra una respuesta completa a todas las cuestiones jurídicas sobre las cuales los tribunales poseen jurisdicción.<sup>36</sup> No obstante, Raz sostiene que pueden surgir lagunas como consecuencia de la indeterminación lingüística de los conceptos jurídicos y

<sup>35</sup> Para un análisis exhaustivo de la ambigüedad que se esconde tras el principio de que "lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido" y el postulado de la necesaria completitud del derecho, véase Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., cap. VII.

<sup>36</sup> Véase Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 70.

como consecuencia de conflictos sin resolver. En tales casos, cuando el derecho “*habla con voz incierta o habla con muchas voces*”, tanto la afirmación de que existe una razón jurídica concluyente para llevar a cabo cierta acción como su negación no serían ni verdaderas ni falsas. Pero cuando el derecho “*guarda silencio*”, Raz sostiene que las reglas de clausura asegurarían la ausencia de lagunas.

Para Raz existen dos posibles respuestas completas a la pregunta acerca del estatus jurídico concluyente de una acción:<sup>37</sup> por una parte, el derecho concluyentemente exige que  $x$  haga  $\emptyset$  ( $LR\emptyset$ ); por otra parte, el derecho concluyentemente permite a  $x$  no hacer  $\emptyset$  ( $LPer\neg\emptyset$ ). Esta última alternativa sería equivalente a decir que de acuerdo con el derecho, no existe una razón concluyente para hacer  $\emptyset$  ( $L\neg R\emptyset$ ).<sup>38</sup> A su juicio, existe una respuesta jurídica completa si y sólo si la siguiente disyunción es verdadera:

$$(5) LR\emptyset \vee L\neg R\emptyset$$

(5) puede ser calificada como la *tesis de la completitud*, o de las respuestas jurídicas completas. De acuerdo con ella, surgiría una laguna jurídica si se niega (5), de lo cual se seguiría que hay dos posibles clases de lagunas jurídicas, que se presentarían en los siguientes casos:<sup>39</sup>

(6) “ $LR\emptyset$ ” no es ni verdadera ni falsa, y “ $L\neg R\emptyset$ ” no es ni verdadera ni falsa.

$$(7) \neg LR\emptyset \wedge \neg L\neg R\emptyset$$

A fin de evitar ambigüedades, los casos (6) serán denominados *lagunas de valores de verdad*, mientras que los casos (7) serán calificados como *lagunas jurídicas genuinas*. Aunque tanto (6) como (7) parecen incompatibles con (5), Raz solo acepta la existencia de lagunas de valores de verdad, que surgirían como se dijo en casos de indeterminación semántica o conflictos sin resolver, y rechaza la posibilidad de lagunas genuinas. (7) es la negación clásica de (5). Sin embargo, Raz sostiene que constituye una verdad lógica:<sup>40</sup>

$$(8) \neg LR\emptyset \leftrightarrow L\neg R\emptyset$$

pero de (7) y (8) se sigue:

$$(9) L\neg R\emptyset \wedge \neg L\neg R\emptyset$$

<sup>37</sup> Véase Raz, *The Authority of Law*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>38</sup> Véase Raz, *The Authority of Law*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>39</sup> Véase Raz, *The Authority of Law*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>40</sup> Véase Raz, *The Authority of Law*, *op. cit.*, p. 76.

Como (9) es una contradicción, (8) implicaría el rechazo de (7), y así el rechazo de la posibilidad de lagunas genuinas.<sup>41</sup>

El simbolismo utilizado por Raz resulta oscuro, lo cual plantea serias dificultades para comprender acabadamente sus tesis y, consiguientemente, para evaluarlas críticamente. Ahora bien, Raz sostiene que “*los enunciados de la forma  $LRx, \phi$  significan lo mismo que ‘Jurídicamente  $x$  debe hacer  $\phi$ ’, ‘El derecho establece que  $x$  debe hacer  $\phi$ ’*”,<sup>42</sup> de manera tal que ellos pueden ser traducidos sin pérdida de significado como proposiciones normativas relativas a la existencia de normas jurídicas de obligación. De todos modos, no resulta en absoluto claro qué es exactamente lo que representan “L” y “R” en “ $LR\phi$ ”. Existen dos interpretaciones alternativas que deberían considerarse al respecto, teniendo en consideración la ya comentada ambigüedad entre normas y proposiciones normativas. En primer lugar, “ $R\phi$ ” puede leerse como la expresión de una genuina norma que exige hacer  $\phi$  ( $O\phi$ ) y “ $LR\phi$ ” como una proposición que afirma que la norma “ $O\phi$ ” pertenece al sistema jurídico L. En tal caso, el símbolo de negación precediendo a “R” debería leerse como una negación interna que opera sobre una norma, mientras que el símbolo de negación precediendo a “L” debería leerse como una negación externa que opera sobre toda la proposición normativa. Si se acepta esta interpretación, se obtienen las siguientes definiciones:

$$\begin{aligned}LR\phi &= (“O\phi” \in L) \\L\neg R\phi &= (“\neg O\phi” \in L) \\ \neg LR\phi &= (“O\phi” \notin L) \\ \neg L\neg R\phi &= (“\neg O\phi” \notin L)\end{aligned}$$

La tesis de la completitud (5) tiene aquí la siguiente interpretación:

$$(5) LR\phi \vee L\neg R\phi = (“O\phi” \in L \vee “\neg O\phi” \in L)$$

Esta resulta una reconstrucción adecuada de la tesis de la completitud de un sistema jurídico, puesto que en caso de ser verdadera para cualquier acción  $\phi$ , significaría que o bien existe en el sistema de referencia una norma que impone el deber de  $\phi$ , o bien existe en el sistema una norma que no

<sup>41</sup> Véase Raz, *The Authority of Law*, *op. cit.*, p. 76. Eugenio Bulygin ha criticado esta propuesta de Raz en Bulygin, Eugenio, “On Legal Gaps” en Comanducci, Paolo y Guastini, Riccardo (eds.), *Analisi e Diritto 2002-2003. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*, pp. 21-28.

<sup>42</sup> Véase Raz, *The Authority of Law*, *op. cit.*, p. 65.

exige  $\theta$ , lo cual equivale a decir que hay una norma en el sistema que permite expresamente  $\neg\theta$ .

La negación clásica de (5') y, en consecuencia, la definición de lagunas genuinas, sería aquí:

$$(7') \neg LR\theta \wedge \neg L\neg R\theta = ("O\theta" \notin L \wedge "\neg O\theta" \notin L)$$

Ahora bien, ¿es posible demostrar  $\neg$ tal como lo pretende Raz— que (5') es una verdad lógica, esto es, que la negación de (5'), es decir, (7'), lleva a contradicción? Hemos visto que Raz asume que (8) es una verdad lógica. No obstante, bajo esta reconstrucción (8) equivaldría a:

$$(8') \neg LR\theta \leftrightarrow L\neg R\theta = ("O\theta" \notin L \leftrightarrow "\neg O\theta" \in L)$$

Pero ésta claramente *no es* una verdad lógica: el mero hecho negativo de que cierto elemento no sea miembro de un conjunto no constituye razón alguna para sostener que *otro* elemento es de hecho miembro del mismo conjunto. La aceptación sin restricciones de esta identidad conduce a hacer colapsar a las normas con las proposiciones acerca de normas. En realidad, sólo en caso de que el sistema bajo consideración sea completo y consistente (dos propiedades contingentes) sería posible asumir la verdad (contingente) de (8').<sup>43</sup> En consecuencia, aun cuando (7'), junto con (8'), lleve a contradicción:

$$(9') LR\neg R\theta \wedge \neg L\neg R\theta = ("O\theta" \in L \wedge "\neg O\theta" \notin L)$$

lejos de tratarse de una verdad lógica, (8') consiste precisamente en asumir la tesis contingente de la completitud de los sistemas jurídicos. No resulta sorprendente, pues, que (8'), junto con la expresión formal de una laguna genuina, lleve a contradicción. En consecuencia, bajo esta interpretación el argumento de Raz no demuestra la imposibilidad lógica de lagunas genuinas:<sup>44</sup> simplemente demuestra que la aceptación y rechazo conjuntos de la completitud de los sistemas jurídicos es contradictoria.

<sup>43</sup> Véase Alchourrón, Carlos, "Logic of Norms and Logic of Normative propositions", *Logique et Analyse*, vol. 12, núm. 47, 1969, pp. 242-268.

<sup>44</sup> ¿Qué ocurre aquí con las lagunas de valores de verdad? Dado (5')  $LR\theta \vee L\neg R\theta = ("O\theta" \in L \vee "\neg O\theta" \in L)$ , y su negación clásica (7')  $\neg LR\theta \wedge \neg L\neg R\theta = ("O\theta" \notin L \wedge "\neg O\theta" \notin L)$ , la posibilidad de lagunas de valores de verdad exige el rechazo del principio de bivalencia para las proposiciones jurídicas ( $\neg Vp \rightarrow V\neg p$ ) y, en consecuencia, asumir que toda proposición jurídica puede ser verdadera, falsa o ni verdadera ni falsa. De modo que el análogo aquí de (6) sería (6')  $("O\theta" \in L)$  no es verdadera ni falsa, y  $("O\theta" \in L)$  no es ni verdadera ni falsa:  $\neg("O\theta" \in L) \wedge$

Existe sin embargo otra posible interpretación de las fórmulas de Raz. Podría considerarse que “ $R_\theta$ ” expresa, no la norma referida en una proposición jurídica, sino una proposición jurídica en sí misma, que afirma la existencia de la norma “ $O_\theta$ ” en un sistema jurídico S:

$$R_\theta = "O_\theta" \in S$$

De ser así, ¿qué significaría “L”? Una posibilidad es interpretar a “L” simplemente como una especificación de que el sistema jurídico S es un cierto sistema concreto L.<sup>45</sup> Aunque no hay nada objetable en esta interpretación, no parece captar la intuición que subyace al uso en la notación de Raz del símbolo de la negación anteponiéndose alternativamente a “R” o a “L”. De hecho, esta lectura tornaría “ $\neg L \neg R_\theta$ ” en un simple caso de doble negación:  $\neg("O_\theta" \notin L) = ("O_\theta" \in L)$  y, consiguientemente, dicha expresión resultaría indistinguible de “ $LR_\theta$ ”. Debido a ello, parecería más adecuado interpretar “Jurídicamente  $x$  debe hacer  $\phi$ ” como “Es jurídicamente verdadero que  $x$  debe hacer  $\phi$ ”; “ $x$  debe hacer  $\phi$ ” (“ $R\phi$ ”) como “ $O_\theta \in L$ ”, y “Es jurídicamente verdadero que” como “V”. En tal caso, obtendríamos:

$$\begin{aligned} LR_\theta &= V("O_\theta" \in L) \\ L \neg R_\theta &= V("O_\theta" \notin L) \\ \neg LR_\theta &= \neg V("O_\theta" \in L) \\ \neg L \neg R_\theta &= \neg V("O_\theta" \notin L) \end{aligned} \quad 46$$

Con estas equivalencias, (8) debería interpretarse aquí como:

$$(8'') L \neg R_\theta \leftrightarrow \neg LR_\theta = V("O_\theta" \notin L) \leftrightarrow \neg V("O_\theta" \in L)$$

---

$\neg("O_\theta" \notin L) \wedge \neg(\neg O_\theta \in L) \wedge \neg(\neg \neg O_\theta \notin L)$ ). Por consiguiente, las lagunas de valores de verdad, como las lagunas genuinas, son bajo esta interpretación lógicamente posibles.

<sup>45</sup> Esta es la interpretación que se adopta en Bulygin, Eugenio, “On Legal Gaps”, *op. cit.*. Con la sutil diferencia en la formalización que se puntualiza en el texto, nuestras conclusiones bajo esta interpretación son similares a las de Bulygin.

<sup>46</sup> En Moreso, Navarro y Redondo, “Sobre la lógica de las lagunas en el derecho”, *op. cit.*, se presenta un análisis de las tesis de Raz utilizando el aparato de la lógica de la verdad desarrollada por von Wright en los trabajos citados en nota 28. Aunque el desarrollo resulta muy valioso, los autores aplican el operador “V” directamente a la notación de Raz, con lo cual heredan todas las ambigüedades que aquí se exponen.



lo cual –bajo el presupuesto de la bivalencia de las proposiciones jurídicas– es obviamente una verdad lógica, tal como lo sostiene Raz, porque se limita a expresar que decir que es verdad que cierta norma no pertenece a L es equivalente a decir que no es verdad que tal norma pertenezca a L. Bajo esta reconstrucción, la implicación de derecha a izquierda ( $\neg V(\text{“}O\theta\text{”} \in L) \rightarrow V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L)$ ) es proposicionalmente equivalente a la disyunción ( $V(\text{“}O\theta\text{”} \in L) \vee V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L)$ ), lo cual representa aquí la tesis de la completitud:

$$(5'') LR\theta \vee L\neg R\theta = V(\text{“}O\theta\text{”} \in L) \vee V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L)$$

Esto también es una verdad lógica, dado que se limita a sostener que o bien es verdad que cierta norma pertenece a L o bien es verdad que ella no pertenece a L. Y, en consecuencia, su negación clásica, esto es, la definición de lagunas genuinas, se convierte en:

$$(7'') \neg LR\theta \wedge \neg L\neg R\theta = \neg V(\text{“}O\theta\text{”} \in L) \wedge \neg V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L)$$

(7''), junto con (8''), llevan a contradicción:

$$(9'') L\neg R\theta \wedge \neg L\neg R\theta = V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L) \wedge \neg V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L)$$

Pero la razón aquí para esta conclusión es que la propia (7''), como negación de una verdad lógica, es una contradicción, en la medida en que sostiene que no es verdad que cierta norma pertenece a L ni tampoco que la misma norma no pertenece a L.<sup>47</sup> Por consiguiente, bajo esta interpretación, la “demostración” de Raz de que las lagunas genuinas no son posibles es tan impecable como inservible, porque una “laguna genuina” en este sentido sería un absurdo. Desde luego, esto no dice nada sobre la posibilidad de que ni “ $O\theta$ ” ni “ $\neg O\theta$ ” pertenezcan a un sistema jurídico, de modo que  $\theta$  no se encuentre regulado por el derecho. En síntesis, bajo la primera interpretación, las lagunas genuinas son posibles porque (8), que para Raz es una verdad lógica, no es una

<sup>47</sup> Si se acepta la bivalencia ( $\neg Vp \rightarrow V\neg p$ ), (7'') es equivalente a:  $V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L) \wedge \neg V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L)$ , una manifiesta contradicción. ¿Qué ocurre bajo este enfoque con las lagunas de valores de verdad? Dado (5'')  $LR\theta \vee L\neg R\theta = V(\text{“}O\theta\text{”} \in L) \vee V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L)$ , la posibilidad de lagunas de valores de verdad exige el rechazo del principio de bivalencia y, en consecuencia, obtendríamos: a)  $\neg V(\text{“}O\theta\text{”} \in L)$ ; b)  $\neg V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L)$ ; c)  $\neg V\neg(\text{“}O\theta\text{”} \in L)$ , y d)  $\neg V\neg(\text{“}O\theta\text{”} \notin L)$ . Pero dado que  $c = b$  y  $d = a$ , la definición de laguna de valores de verdad debería simplemente ser: (6'')  $\neg V(\text{“}O\theta\text{”} \in L) \wedge \neg V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L)$ .

verdad lógica; bajo la segunda interpretación, (8) es una verdad lógica, pero ello no impide la posibilidad de lagunas genuinas. Y todo el problema se deriva de la ausencia de una distinción clara entre normas y proposiciones normativas.

La conclusión de esta discusión es que no existe ningún argumento conceptual convincente que justifique la tesis fuerte de que todos los sistemas jurídicos son necesariamente completos, esto es, que no existe posibilidad lógica de lagunas en el derecho. Lo mismo debería concluirse respecto de la posibilidad de contradicciones o conflictos entre normas jurídicas. Por brevedad, no consideraremos exhaustivamente esta segunda cuestión. Sólo corresponde señalar que en los sistemas jurídicos contemporáneos no existe una sino una compleja pluralidad de individuos y órganos legitimados para promulgar normas, aun cuando metafóricamente consideremos que todos ellos actúan como representantes de una única autoridad normativa (el Estado). Los casos más frecuentes de contradicciones en el derecho se producen cuando una cierta autoridad promulga normas incompatibles con las promulgadas por una autoridad diferente. Los juristas emplean distintos criterios para resolver posibles conflictos entre las normas jurídicas, siendo uno de los más importantes el de asignar prioridad a la norma emanada de la autoridad jerárquicamente superior. Todo sistema jurídico fija —explícita o implícitamente— ciertas preferencias entre sus normas, y uno de los aspectos fundamentales que se toman en consideración para hacerlo es el rango de la autoridad de la cual ellas emanan (*lex superior*). Otros criterios frecuentemente utilizados son el tiempo de promulgación de las normas (*lex posterior*) o el carácter más general o específico de su contenido (*lex specialis*).<sup>48</sup>

De todos modos, el recurso a tales criterios para ofrecer una solución a las contradicciones o conflictos entre normas resulta insuficiente para justificar la tesis de la necesaria consistencia de los sistemas jurídicos. Por una parte, porque el uso conjunto de tales criterios no garantiza que

<sup>48</sup> Sobre las jerarquías entre normas, véanse, entre otros, Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*. Genaro Carrió (trad.), Eudeba, Buenos Aires, 1963 (original: *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London, 1958); Alchourrón, Carlos y Makinson, David, “Hierarchies of Regulations and their Logic” en Hilpinen, Risto (ed.), *New Studies in Deontic Logic*. Dordrecht-Boston-London, Reidel, 1981, pp. 125-148; Guastini, Riccardo, “Gerarchie normative” en *Materiali per una storia della cultura giuridica*. a. XXVII, núm. 2, 1997 pp. 463-487; Guarinoni, Ricardo, *Derecho, lenguaje y lógica. Ensayos de filosofía del derecho*. Buenos Aires, LexisNexis, 2006; Ferrer Beltrán, Jordi y Rodríguez, Jorge Luis, *Jerarquías normativas y dinámica jurídica*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, cap. III.

pueda obtenerse un orden completo de todas las posibles normas en conflicto, ni tampoco es posible evitar que ellos ofrezcan soluciones incompatibles para el mismo conflicto. Por otra parte, porque el uso de esos criterios para resolver conflictos, lejos de servir para demostrar que todos los sistemas jurídicos son necesariamente consistentes, presupone no sólo que tales conflictos de hecho existen sino que ellos son percibidos por los juristas como algo intolerable.

Es mérito de Alchourrón y Bulygin el haber resaltado la importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas y, correlativamente, de una lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas, para el examen de las propiedades formales de los sistemas jurídicos estáticamente considerados, en particular, su completitud y consistencia.<sup>49</sup> A partir de tales desarrollos, resulta hoy corriente reconocer que esos ideales racionales sólo contingentemente son satisfechos por los sistemas jurídicos, de modo que en la mayoría de los casos es posible encontrar en ellos tanto inconsistencias (contradicciones normativas) como incompletitudes (lagunas). En cambio, no es tan corriente advertir que ambos defectos no pueden darse conjuntamente con relación a un mismo caso. Y ello no simplemente porque si con relación a un caso un sistema normativo es inconsistente con respecto a una determinada acción, entonces resulta necesariamente completo respecto de esa acción (pues si la acción está inconsistentemente normada, está normada) y, correlativamente, si frente a un caso el sistema es incompleto respecto de una determinada acción, entonces es necesariamente consistente respecto de esa acción. Ocurre que, además, por efecto del principio *ex falso sequitur quodlibet*, si con relación a un determinado caso un sistema normativo es inconsistente respecto de una cierta acción, entonces es completo *respecto de cualquier otra acción* y, correlativamente, si frente a cierto caso el sistema es incompleto respecto de una cierta acción, entonces es consistente *respecto de cualquier acción*.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> Véase Alchourrón y Bulygin, *Normative Systems*, *op. cit.*, También ha de resaltarse su discriminación de los diferentes tipos de problemas a los que tradicionalmente se alude con la expresión “lagunas en el derecho”, destacándose en especial la diferencia que media entre problemas lógicos (*lagunas normativas*) y problemas valorativos (*lagunas axiológicas*).

<sup>50</sup> Royakkers sostiene que la noción de completitud (la expresión que utiliza es *universality*) sólo cobra sentido respecto de sistemas normativos consistentes, puesto que en el caso de un sistema inconsistente, la cuestión de la completitud perdería sentido ya que cualquier cosa sería deducible y, en particular, cualquier norma que obligase, prohibiese o permitiese una acción sería deducible (véase Royakkers, Lambèr M.M., *Extending Deontic Logic for the Formalisation of Legal Rules*. Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 167).

#### IV. SISTEMAS JURÍDICOS DINÁMICOS Y CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO

Si bien muchos teóricos —Kelsen entre ellos—<sup>51</sup> han diferenciado una concepción estática y una dinámica de los sistemas jurídicos, fue Raz quien explícitamente sugirió distinguir entre lo que denominó “sistemas momentáneos” y “sistemas no momentáneos” o, simplemente, “sistemas jurídicos”, entendiéndolo por “sistema momentáneo” a cada conjunto de normas asociado a un parámetro temporal determinado y por “sistema no momentáneo” a la unidad que conserva su identidad frente a los cambios.<sup>52</sup> Posteriormente, Alchourrón y Bulygin ahondaron el análisis de esta distinción, reservando la expresión “sistema jurídico” para la visión estática y “orden jurídico” para la visión dinámica.<sup>53</sup> De acuerdo con esta reconstrucción, el sistema dinámico sería una secuencia de sistemas estáticos, de manera que un sistema estático S pertenecería a la secuencia dinámica si poseyera cierta propiedad P, definitoria de la relación de pertenencia (por ejemplo, legalidad del cambio de normas).<sup>54</sup> La unidad de tal secuencia, y con ello la identidad del sistema dinámico, estaría dada por la identidad de los criterios usados para la identificación de los sistemas estáticos. La apli-

<sup>51</sup> Véase Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 2a. ed., *op. cit.*, p. 203 y 204.

<sup>52</sup> En Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*. Rolando Tamayo y Salmorán (trad.) México, UNAM, 1985, pp. 34 y ss (original: *The Concept of a Legal System*. Oxford, Oxford University Press, 1970; 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1980). Raz vacila entre dos modos de entender la distinción que resultan incompatibles: a) que el sistema no momentáneo es el conjunto de las normas que pertenecen a todos los sistemas jurídicos momentáneos, en cuyo caso los sistemas momentáneos serían subconjuntos del sistema no momentáneo, es decir, mediaría una relación lógica de inclusión entre ambos; b) que el sistema no momentáneo es un conjunto de sistemas momentáneos, siendo ellos a su vez conjuntos de normas, de modo que entre los sistemas momentáneos y el sistema no momentáneo mediaría una relación lógica de pertenencia. Para un análisis exhaustivo de estas dos posibilidades de reconstrucción, véase Moreso y Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, *op. cit.*, p. 45 y ss. Para una crítica al modelo de la inclusión, véase Rodríguez, Jorge Luis, *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 122 y ss.

<sup>53</sup> Véase Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Sobre el concepto de orden jurídico”, *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. VIII, núm. 23, 1976; *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia (Venezuela), Universidad de Carabobo, 1979, pp. 57 y ss. “The Expressive Conception of Norms” en Hilpinen, Risto (ed.), *New Studies in Deontic Logic*. Dordrecht-Boston-London, Reidel, pp. 95-124.

<sup>54</sup> Véase Moreso y Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, *op. cit.*, p. 42.

cación de los mismos criterios de identificación de normas en tiempos diferentes podría llevar a resultados diversos, razón por la cual el contenido del sistema dinámico podría variar. Solo si se modifican los criterios de identificación de normas, es decir, si se los reemplaza por otros, tal como ocurriría, por ejemplo, en el caso de una revolución, perdería el sistema dinámico su identidad y sería sustituido por otro.<sup>55</sup>

Bulygin reconstruye el criterio para la identificación de un sistema jurídico dinámico (orden jurídico,  $O_i$ ) a través de las siguientes cinco cláusulas:

(1) El conjunto de normas [ $N_1, N_2, \dots, N_n$ ] es el sistema originario (primera constitución) de  $O_i$ .

(2) Si una norma  $N_j$  es válida en un sistema  $S_t$  que pertenece a  $O_i$ , y  $N_j$  faculta a la autoridad  $x$  a promulgar la norma  $N_k$  y  $x$  promulga en el momento  $t$  la norma  $N_k$ , entonces  $N_k$  es válida en el sistema  $S_{t+1}$  (es decir, en el sistema correspondiente al momento siguiente a  $t$ ) y  $S_{t+1}$  pertenece a  $O_i$ .

(3) Si una norma  $N_j$  es válida en un sistema  $S_t$  que pertenece a  $O_i$ , y  $N_j$  faculta a la autoridad  $x$  a derogar la norma  $N_k$  que es válida en  $S_t$  y  $x$  deroga  $N_k$  en el momento  $t$ , entonces  $N_k$  no es válida en el sistema  $S_{t+1}$  (correspondiente al momento siguiente a  $t$ ) que pertenece a  $O_i$ .

(4) Las normas válidas en un sistema  $S_t$  que pertenece a  $O_i$  que no han sido derogadas en el momento  $t$ , son válidas en el sistema  $S_{t+1}$  de  $O_i$  (que corresponde al momento siguiente a  $t$ ).

(5) Todas las consecuencias lógicas de las normas válidas en un sistema  $S_t$ , que pertenece a  $O_i$  también son válidas en  $S_t$ .<sup>56</sup>

Las cláusulas (2) a (5) determinarían la estructura de  $O_i$ , siendo (2), (3) y (4) las que condicionarían el carácter dinámico del orden. La cláusula (5) sería responsable del carácter sistemático de los sucesivos conjuntos de normas, mientras que la cláusula (1) permitiría identificar el orden considerado, dado que otros órdenes no diferirían en su estructura, sino en tener una primera constitución distinta. Para Bulygin, la cláusula (1) no especifica ninguna condición especial que deba reunir la primera constitución, pero a fin de posibilitar los cambios, ella debería contener por lo menos una norma de competencia. Este criterio de identificación, más que una definición de un orden jurídico específico  $O_i$  sería un esquema definicional, puesto que para ser una definición, la cláusula (1) tendría que especificar concretamente qué normas forman parte de la primera constitución.

Al respecto, Ricardo Caracciolo ha sostenido que el criterio de legalidad no suministra en realidad condiciones de pertenencia de normas a un sis-

<sup>55</sup> Véase Alchourrón y Bulygin, "Sobre el concepto de orden jurídico", *op. cit.*

<sup>56</sup> Bulygin, Eugenio, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1991, pp. 263 y 264.

tema estático, sino que define la pertenencia de los sistemas estáticos al orden dinámico.<sup>57</sup> Para Bulygin, esa opinión resultaría exagerada, y afirma que tal criterio, expresado por las cláusulas (2) y (3) en su reconstrucción, cumpliría ambas funciones: definiría la pertenencia de los sistemas estáticos al orden dinámico y determinaría (parcialmente) el contenido de cada sistema estático. El contenido de cada sistema estático perteneciente a un orden dinámico resultaría determinado (en parte) por las cláusulas (1)-(5), las cuales:

...constituyen, conjuntamente, una definición recursiva de “norma válida en un sistema  $S_i$  del orden  $O_i$ ”, en el sentido de que por aplicación sucesiva de esas reglas se puede establecer en un número finito de pasos si una determinada norma pertenece o no a un determinado sistema del orden considerado. Los criterios de pertenencia de una norma a un sistema son tres: a) criterio de pertenencia directa de las normas independientes (regla 1); b) criterio de deducibilidad (regla 5) y c) criterio de legalidad (reglas 2, 3 y 4).<sup>58</sup>

Sin embargo, es evidente que si las cinco reglas definen recursivamente “norma válida en un sistema  $S_i$  del orden  $O_i$ ”, lo que resulta definido es la pertenencia de una norma a algún sistema estático que pertenece al orden dinámico, lo cual es una función de la pertenencia de la norma al sistema estático y de la pertenencia del sistema estático al orden dinámico. Si se promulgara una norma por un procedimiento inválido, el sistema estático resultante no será admitido como un nuevo elemento de la secuencia y, en consecuencia, la norma así promulgada no pasará a integrar un sistema del orden dinámico. Por ello, es correcto sostener que las reglas (1)-(5) permiten, mediante su aplicación sucesiva, establecer si una determinada norma pertenece o no a cierto sistema del orden dinámico. Pero de esto no se sigue que el criterio de legalidad constituya en sí mismo un criterio de pertenencia de una norma a un sistema estático. En las cinco reglas especificadas por Bulygin se encuentran comprendidos, conjuntamente, los criterios de pertenencia de normas a un sistema estático y los criterios de pertenencia de los sistemas estáticos al orden dinámico, pero eso no es prueba de que *cada una de esas reglas* cumpla al mismo tiempo ambas funciones.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> Véase Caracciolo, *El Sistema Jurídico. Problemas actuales*, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

<sup>58</sup> Bulygin, “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *op. cit.*, p. 265.

<sup>59</sup> Véase Rodríguez, Jorge Luis, *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 138.

El diferente papel que juegan estos dos criterios permite explicar las diferentes condiciones de eliminación de las normas derivadas. Moreso y Navarro sostienen al respecto que:

Las normas dependientes en virtud del principio de legalidad ocupan un lugar privilegiado respecto de las restantes normas dependientes. Esta posición de privilegio está determinada por las condiciones de eliminación del sistema de las distintas normas dependientes. Una norma dependiente N formulada en el sistema S no desaparece de S al eliminarse la norma que otorgaba competencia a la autoridad normativa de N. Por el contrario, si una norma N pertenece al sistema por ser consecuencia lógica de otra norma N<sub>1</sub>, es necesaria y suficiente la remoción de N<sub>1</sub> para que la norma N sea eliminada del sistema.<sup>60</sup>

Lo que parece sostenerse aquí es que una norma N, válida en virtud del criterio de legalidad, hereda su validez de otra norma N<sub>1</sub>, pero nada exige que la norma N<sub>2</sub> de la que N<sub>1</sub> heredó su validez sea aún válida en el momento de promulgación de N. Así, incluso las normas independientes de las que partió la cadena pueden haber sido derogadas y, por tanto, haber perdido su pertenencia al sistema estático desde el que se está juzgando la validez de N.

Ahora bien, contrariamente a lo que sostienen Moreso y Navarro, en realidad no se trata de que las “normas dependientes en virtud del criterio de legalidad” posean una posición de privilegio respecto de las derivadas en virtud del criterio de deducibilidad. Lo que ocurre es que la legalidad no es un criterio de pertenencia de normas derivadas a un sistema estático sino un criterio para determinar cuándo admitir un nuevo sistema en la secuencia dinámica. Por ello, cuando en virtud del criterio de legalidad se admite un nuevo sistema estático en la secuencia dinámica como resultado, por ejemplo, de un acto de promulgación de una norma N, dicha norma pasa a formar parte del nuevo sistema estático en la secuencia. La circunstancia de que posteriormente se elimine la norma que confería competencia para la creación de N no tiene incidencia sobre su pertenencia al sistema estático en cuestión porque no es la relación de legalidad entre N y la norma que confería competencia para su dictado lo que fundamenta su pertenencia a dicho sistema estático, sino exclusivamente la legalidad del acto de su creación lo que justifica integrarla a un nuevo sistema estático en la secuencia. En el caso de las normas lógicamente derivadas –si se admite que cada

<sup>60</sup> Moreso y Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, op. cit., p. 38.

sistema estático comprende todas sus consecuencias lógicas<sup>61</sup>—, su pertenencia al sistema estático depende sí de la existencia de una relación de deducibilidad entre ella y la o las normas de las que se deriva, de modo que si tales normas son eliminadas, ella automáticamente deja de formar parte del sistema.<sup>62</sup>

La distinción entre sistemas estáticos y ordenes dinámicos permite además analizar de manera formalmente rigurosa cuáles son las consecuencias de los actos de promulgación y derogación de normas jurídicas, una contribución inestimable para un adecuado desarrollo de la técnica legislativa.<sup>63</sup>

Es particularmente interesante al respecto resaltar, en primer lugar, que la promulgación de una norma puede producir cambios inesperados en un sistema jurídico. En efecto, supóngase que se denomina  $\alpha$  a un conjunto de normas explícitamente formuladas por el legislador en un cierto tiempo  $t$ . Si cada sistema estático de la secuencia dinámica se interpreta como conformado no sólo por  $\alpha$  sino además por todas las normas que sean consecuencias lógicas de  $\alpha$  ( $Cn(\alpha)$ ), la promulgación válida en un tiempo  $t+1$ , posterior a  $t$ , de la norma  $N$  producirá el reemplazo del sistema vigente en el tiempo  $t$  por un nuevo sistema estático. Pero el nuevo sistema estático no estará conformado exclusivamente por  $\alpha$ , las consecuencias lógicas que se seguían de  $\alpha$  y la nueva norma  $N$ : el nuevo sistema estará compuesto por  $\alpha$  más todas sus consecuencias lógicas,  $N$  más todas sus consecuencias lógicas y todas aquellas consecuencias que se sigan de la unión de  $\alpha$  con  $N$ , y que no sean derivables de  $\alpha$  y de  $N$  por separado. En otras palabras, el conjunto  $Cn(\alpha+N)$  habitualmente resulta más amplio que el conjunto  $Cn(\alpha) + Cn(N)$ .

En segundo lugar, la derogación de una norma puede producir indeterminaciones en cuanto a cuál sea el nuevo sistema estático de la secuencia. Supóngase que lo que pretende derogarse no es una norma expresamente promulgada, sino una norma lógicamente derivada de aquellas que

<sup>61</sup> Para una crítica a la idea de que cada sistema estático de la secuencia dinámica ha de ser interpretado como clausurado bajo la noción de consecuencia lógica, véase Ferrer Beltrán y Rodríguez, *Jerarquías normativas y dinámica jurídica*, op. cit., pp. 116 y ss.

<sup>62</sup> En el mismo sentido, Caracciolo, *El Sistema Jurídico. Problemas actuales*, op. cit., pp. 64 y 67.

<sup>63</sup> Véase los trabajos de Alchourrón y Bulygin citados en la nota 53; asimismo, Alchourrón, Carlos, "Normative Order and Derogation" en Martino, Antonio (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*. North Holland Publishing Company, North Holland-Amsterdam-New York-Oxford, 1982, pp. 51-60, y Alchourrón, y Makinson, "Hierarchies of Regulations and their Logic", op. cit.



han sido promulgadas, y que para su derivación se requiere de la conjunción de más de una norma. En el sistema resultante de este acto de derogación no debería estar presente la norma expresamente derogada ni sus consecuencias lógicas, pero además es preciso eliminar aquellas normas que posibilitan su derivación. Pero como en el caso comentado la norma que se desea derogar es una consecuencia lógica, no de una, sino de dos o más normas formuladas, dado que eliminarlas a todas resultaría excesivo y que no existe ningún criterio lógico que permita individualizar cuál o cuáles de ellas han de desecharse, el resultado de esta operación será, no un sistema estático, sino una pluralidad de sistemas alternativos como candidatos a suceder al original en la secuencia dinámica.<sup>64</sup>

Por otra parte, y como ya se adelantó, el concepto de sistema jurídico dinámico ofrece un punto de partida promisorio para brindar una caracterización del derecho. Hemos visto que en una propuesta teórica como la de Kelsen, lo que permite distinguir al derecho de otros sistemas normativos como la moral está dado por una característica que se encontraría presente en todas las normas que los componen –la imputación de una sanción coactiva–. En otras palabras, Kelsen define a un sistema como jurídico a partir de una previa caracterización de lo que hace que sus elementos componen –las normas– puedan ser calificados como jurídicos.

Este tipo de concepciones de las normas jurídicas obliga a reducir artificialmente su rica y compleja variedad para hacerlas corresponder a todas ellas con algún esquema común, un vicio que fuera justamente denunciado y criticado por Herbert Hart.<sup>65</sup> A partir de sus contundentes objeciones, se ha vuelto un lugar común en la teoría del derecho el considerar que todo sistema jurídico está –entre otras cosas– compuesto por muchas clases distintas de normas, con funciones y estructuras diferentes. Por ello, los términos de la ecuación kelseniana deberían invertirse: dado que no existe ninguna característica común a todas las normas jurídicas que pueda tomarse como base para distinguirlas de otro tipo de normas, a fin de ofrecer una caracterización satisfactoria del derecho es preciso centrar la atención, no en las normas mismas, sino en las características distintivas de los sistemas jurídicos.

<sup>64</sup> Véase Alchourrón y Bulygin, “Sobre el concepto de orden jurídico”, *op. cit.*, Para un estudio del resultado de los actos de promulgación y derogación de normas considerando la estructura jerárquica de los sistemas jurídicos, véase Ferrer Beltrán, y Rodríguez, *Jerarquías normativas y dinámica jurídica*, *op. cit.*, capítulo IV y Royakkers, *Extending Deontic Logic for the Formalisation of Legal Rules*, *op. cit.*, capítulo 7.

<sup>65</sup> Véase Hart, *El concepto de derecho*, *op. cit.*, cap. III.

Esta idea, implícita en la obra de Hart, fue elaborada por Joseph Raz,<sup>66</sup> y refinada por Alchourrón y Bulygin en la versión en español de *Normative Systems*.<sup>67</sup> Allí los profesores argentinos propusieron definir “sistema jurídico” como “...el sistema normativo que contiene enunciados prescriptivos de sanciones, es decir, entre cuyas consecuencias hay normas o soluciones cuyo contenido es un acto coactivo”,<sup>68</sup> entendiéndose aquí por “sistema normativo” todo “sistema deductivo que tiene consecuencias normativas, para lo cual es necesario que en la base del sistema figure por lo menos un enunciado normativo”.<sup>69</sup> A su vez, definen “norma jurídica” como “toda norma que forma parte de un sistema jurídico”.<sup>70</sup> A criterio de los autores, esto invertiría el procedimiento habitual entre los juristas de definir “sistema jurídico” a partir de una previa definición de “norma jurídica”, con lo que se superarían dificultades como las que tiene que enfrentar Kelsen para caracterizar a las normas jurídicas que no disponen sanciones coactivas.

El concepto de sistema jurídico que exploran Alchourrón y Bulygin en *Normative Systems* posee una relevancia incuestionable cuando se considera el problema de identificar qué consecuencias se siguen de ciertas normas para la solución de un determinado problema, pues en la reconstrucción de dicho proceso es evidente que no se requiere más que de una noción estática de sistema y que la relación entre normas definitoria de ese sistema es la relación de consecuencia lógica. Sin embargo, sobre la base de dicha noción de sistema jurídico no es posible ofrecer una caracterización satisfactoria del derecho a fin de diferenciarlo de otros fenómenos normativos.

La propuesta de *Normative Systems* al respecto posee tres aspectos fundamentales: en primer lugar, se concibe al derecho como un sistema deductivo; en segundo lugar, ese sistema debe contener normas, si bien también puede poseer otros elementos; en tercer lugar, la nota diferencial del derecho respecto de otros sistemas normativos es la coacción como elemento presente en alguna de sus normas. El primero de estos

<sup>66</sup> Véase Raz, *El concepto de sistema jurídico*, op. cit.

<sup>67</sup> Véase Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., pp. 103-107. Vale aclarar que las definiciones bajo examen no se encuentran en la versión original en inglés sino sólo en la ampliada versión en español.

<sup>68</sup> Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 106.

<sup>69</sup> Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 103.

<sup>70</sup> Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 106.

aspectos, esto es, concebir al derecho como un sistema deductivo, posee la siguiente dificultad: la única relación entre normas que se toma en consideración en esta noción de sistema es la relación de consecuencia lógica. Dicha relación no parece ocupar un lugar de importancia en la reconstrucción del derecho ofrecida por ningún autor, mientras que otro tipo de relaciones, como la legalidad de la creación de normas, sí es postulada como un dato ineludible a la hora de distinguir al derecho de otros sistemas normativos. Por su parte, el segundo aspecto, esto es, que el derecho está conformado por normas, si bien constituye evidentemente un elemento de relevancia en la mayoría de las caracterizaciones del derecho, cuando se lo sostiene conjuntamente con lo primero genera el problema de la necesidad de ofrecer una fundamentación satisfactoria de las relaciones lógicas entre normas. El tercero de los aspectos reseñados, esto es, la coactividad como característica del derecho, ha sido controvertido al menos como nota distintiva exclusiva.<sup>71</sup>

Pero más allá de lo anterior, esta caracterización del derecho presenta una dificultad muy seria que fuera señalada en 1996 los profesores uruguayos Gerardo Caffera y Andrés Mariño.<sup>72</sup> Caffera y Mariño observaron, sobre la base de un análisis de las definiciones impredicativas de Russell y Gödel, que de conformidad con la caracterización de Alchourrón y Bulygin, la clase universal de las normas –o de los enunciados–, al satisfacer la condición de contener al menos una norma coactiva, sería un sistema jurídico. Pero ahora se suscitara el siguiente problema: si paralelamente se define “norma jurídica” como cualquier enunciado que pertenece a un sistema jurídico, todas las normas –o, más en general, todos los enunciados– serían normas jurídicas, razón por la cual no contaríamos con ningún criterio para delimitar el campo de lo jurídico de otros dominios.

<sup>71</sup> Véase, por ejemplo, Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., pp. 157 y ss.

<sup>72</sup> Véase Caffera, Gerardo y Mariño, Andrés, “La definición del concepto de norma jurídica por referencia al sistema de pertenencia. Objeciones a partir del problema de las definiciones impredicativas de Russell y Gödel” en Comanducci, Paolo y Guastini, Riccardo (eds.) *Analisi e Diritto 2011. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*, 2011, pp. 123-127. Una versión levemente diferente fue publicada previamente bajo el título: “Reglas de interpretación y definiciones en los sistemas jurídicos. Análisis del problema desde el punto de vista lógico” en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXVI. Montevideo, FCU, 1996. Véase asimismo Ratti, Giovanni Battista, “El puzzle de la determinación de lo jurídico” y Rodríguez, Jorge Luis, “Una dificultad en la definición de “sistema jurídico”. Comentario a ‘El puzzle de la determinación de lo jurídico’ de Giovanni Battista Ratti”, ambos en el volumen citado de *Analisi e Diritto* (pp. 129-141 y 143-158).

Esta objeción posee dos virtudes capitales: una extraordinaria simplicidad y un alcance devastador. Esto último porque, en tanto se conciba a un sistema jurídico básicamente como un conjunto de normas, y se mantenga la idea de definir “norma jurídica” como cualquier enunciado que pertenece a un sistema jurídico, ninguna otra nota distintiva que se predique de un sistema jurídico parece apta para salvar la objeción. Considérese a modo de ejemplo la idea de Hart de concebir a un sistema jurídico como una unión compleja de reglas primarias y secundarias.<sup>73</sup> Si se interpreta que una norma es jurídica por su pertenencia a un sistema jurídico, y que un sistema es jurídico porque se compone de ciertas reglas primarias que establecen derechos y obligaciones de los ciudadanos, y ciertas reglas secundarias que regulan diferentes aspectos de las primeras, sigue siendo el caso que la clase universal de las normas es un sistema jurídico y que, por ello, carecemos de todo criterio para distinguir a las normas jurídicas de otro tipo de normas. Lo mismo podría decirse de cualquier otro intento teórico que se inscriba en la misma dirección.

La conclusión que parece seguirse de esto es que la objeción bajo análisis nos coloca frente al siguiente dilema: o bien abandonamos la definición de “norma jurídica” como cualquier enunciado que pertenece a un sistema jurídico;<sup>74</sup> o bien abandonamos la definición de “sistema jurídico” como un conjunto de normas entre las cuales algunas poseen ciertas características. La primera de estas alternativas no parece muy promisoria, puesto que significa regresar a una teoría reduccionista de las normas jurídicas, que resulta pasible de las poderosas objeciones dirigidas contra tales concepciones. La segunda, en cambio, presente una posibilidad de superación tomando en consideración la distinción entre sistemas estáticos y sistemas dinámicos.

Teniendo ello en cuenta, entre las dos alternativas, parece a primera vista altamente preferible buscar una caracterización del derecho en el plano dinámico y no en el plano estático. Aunque sin lugar a dudas la expresión “sistema jurídico” se emplea muchas veces para hacer referencia básicamente a un conjunto estático de normas, no es esa la idea que se tiene en mente cuando se piensa en la expresión “sistema jurídico” como sinónimo del derecho como institución, ejemplificado paradigmáticamente en un derecho nacional. Por el contrario, numerosos

<sup>73</sup> Véase Hart, *El concepto de derecho*, op. cit., cap. V.

<sup>74</sup> Ese es el camino que proponen Caffera y Mariño en el trabajo op. cit.

autores –notoriamente Kelsen entre ellos– han señalado como una característica ineludible a la hora de ofrecer una caracterización satisfactoria del derecho su carácter dinámico.<sup>75</sup>

La ventaja adicional que tendría este salto al plano dinámico es que por esa vía sería posible encontrar una salida al dilema que plantea la objeción de Caffera y Mariño. Sintéticamente, esa salida consistiría en a) mantener la definición de “norma jurídica” como cualquier enunciado que pertenece a un sistema jurídico; b) definir “sistema jurídico” como cualquier conjunto estático que pertenece a un mismo sistema jurídico dinámico; y c) definir “sistema jurídico dinámico” fundamentalmente de acuerdo con el esquema definicional ofrecido por Eugenio Bulygin antes transcripto, agregándose a él que alguno de los sistemas de la secuencia debe contener al menos una norma coactiva. La objeción de Caffera y Mariño constituye un síntoma de que ninguna caracterización del derecho en el plano estático resulta satisfactoria, ya que demuestra que lo que constituye probablemente una de las propuestas más sofisticadas de caracterización del derecho en el plano estático, esto es, la de Alchourrón y Bulygin, resulta inviable.

En síntesis, un sistema jurídico dinámico puede ser definido como una secuencia de conjuntos de enunciados, donde cada conjunto de la secuencia es el producto de un acto normativo de promulgación o derogación respecto del conjunto antecedente, y cumplido de conformidad con las pautas de legalidad fijadas por normas del conjunto antecedente, que se origina en un primer conjunto finito de enunciados identificados extensionalmente que contiene al menos una norma que confiere competencia para producir actos de modificación normativa, y en donde al menos uno de los conjuntos de la secuencia contiene una norma coactiva.

Este esquema tiene la virtud de dar cuenta del carácter dinámico como un rasgo central del derecho, esto es, permite explicar de un modo formalmente sofisticado la idea kelseniana de su *dinámica autoregulada*, es decir, que el derecho regula su propia creación, lo cual en su versión más elemental postula que existen normas jurídicas que disponen cómo deben ser creadas otras normas jurídicas. Pero además, resulta apto para sumar a él muchas otras notas distintivas del derecho que han sido destacadas como relevantes por diversos filósofos. La coactividad está presente, aunque podría asignársele un papel aún más fuerte, exigiendo por caso que cada uno de los sistemas de la secuencia contenga al menos una norma coactiva. Incorpora explícitamente la idea hartiana de la

<sup>75</sup> Véase Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, *op. cit.*, capítulo V.

unión de reglas primarias y reglas secundarias, al menos reglas de cambio, pero podría sumársele fácilmente también la incorporación explícita de reglas de adjudicación. También permitiría incorporar la idea de Raz de que los sistemas jurídicos son *sistemas abiertos*, puesto que una de sus principales funciones consiste en conferir fuerza obligatoria a normas que pueden encontrarse derogadas o quizás nunca haber pertenecido a él,<sup>76</sup> así como otras notas que para Raz resultan distintivas de un sistema jurídico, como su carácter *comprensivo*, esto es, el que no reconoce limitación alguna a las esferas de conducta que tiene la pretensión de regular, o su *pretensión de supremacía*, esto es, que pretende tener autoridad para regular el establecimiento y aplicación de los restantes sistemas institucionales de una cierta comunidad.<sup>77</sup> El esquema básico sería incluso compatible con sustituir la identificación extensional de las normas del conjunto originario con aquellas que logran vigencia o eficacia en una cierta comunidad política. Resulta imposible recoger de un modo adecuado todas estas notas en un plano exclusivamente estático.

## V. BIBLIOGRAFÍA

### 1. *Bibliografía seleccionada*

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* Astrea, Buenos Aires, 1975 (original: *Normative Systems*. Springer Verlag, New York-Wien, 1971).
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Valencia, Universidad de Carabobo, Venezuela, 1979.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría dell'ordinamento giuridico*. Torino, Giappichelli, 1960.
- CARACCILO, Ricardo, *El Sistema Jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- CARACCILO, Ricardo, "Sistema jurídico" en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vol. 11, El derecho y la justicia*. Madrid, Trotta, 1996.

<sup>76</sup> Véase Raz, *Practical Reasons and Norms*, *op. cit.*, pp. 152-154.

<sup>77</sup> Véase Raz, *Practical Reasons and Norms*, *op. cit.*, pp. 150-152.

- GUASTINI, Riccardo, “Proyecto para la voz ‘ordenamiento jurídico’ de un diccionario”, *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 27, 2004. Universidad de Alicante, Alicante, 2004.
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho*. Genero Carrió (trad.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963. (original: *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1961).
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 2a. ed., Roberto Vernengo (trad.), UNAM, México, 1979 (original: *Reine Rechtslehre*. Wien, 1960)
- MORESO, José Juan y NAVARRO, Pablo, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, Rolando Tamayo y Salmorán (trad.), México, UNAM, 1985 (original: *The Concept of a Legal System*. Oxford, Oxford University Press, 1970; 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1980).
- \_\_\_\_\_, *Practical Reason and Norms*, 2a. ed. Oxford, Oxford University Press, 1990.

## 2. Lecturas de apoyo

- AGUILÓ REGLA, Josep, *Sobre la derogación. Ensayo de Dinámica Jurídica*, México, Fontamara, 1995.
- ALCHOURRÓN, Carlos, “Normative Order and Derogation” en Martino, Antonio (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*. North Holland-Amsterdam-New York-Oxford, North Holland Publishing Company, 1982.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALCHOURRÓN, Carlos y MAKINSON, David, “Hierarchies of Regulations and their Logic” en Hilpinen, Risto (ed.). *New Studies in Deontic Logic*. Reidel, Dordrecht-Boston-London, 1981.
- BULYGIN, Eugenio, “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Ratio Juris*, núm. 3, 1990.
- \_\_\_\_\_, “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1990.
- CARACCILO, Ricardo, *La noción de sistema en la teoría del derecho*, México, Fontamara, 1994.
- COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*. Torino, Giappichelli, 1996.

- FERRER BELTRÁN, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Jerarquías normativas y dinámica jurídica*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Algunos modelos de validez normativa”, Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- GIANFORMAGGIO, Letizia (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*. Torino, Giappichelli, 1991.
- HARRIS, James W., *Law and Legal Science. An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*. Buenos Aires, Astrea, 1985.
- RATTI, Giovanni Batista, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008.
- RAZ, Joseph, “Legal Validity” en Raz, Joseph, *The Authority of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1979.
- \_\_\_\_\_, “The Identity of Legal Systems” en Raz, Joseph, *The Authority of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1979.
- RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ROSS, Alf, “Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, núm. IV, Buenos Aires, 1961, pp. 46-93, (reproducido en Paulson, Stanley y Litschewski, Bonnie, Editores. *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford, Oxford University Press, 1999).
- ROYAKKERS, Lambèr M.M., *Extending Deontic Logic for the Formalisation of Legal Rules*. Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1998.