

CAPÍTULO PRIMERO	
EL SISTEMA JURÍDICO Y LOS CONFLICTOS NORMATIVOS . . . . .	7
I. El derecho como normatividad . . . . .	8
II. Estructura y función de las normas jurídicas . . . . .	17
III. El sistema jurídico . . . . .	23
1. La operatividad del sistema jurídico . . . . .	27
2. El orden jurídico . . . . .	33
IV. Sobre la aplicabilidad de las normas jurídicas . . . . .	36
1. Vigencia y eficacia . . . . .	37
2. Existencia y pertenencia . . . . .	39

## CAPÍTULO PRIMERO

# EL SISTEMA JURÍDICO Y LOS CONFLICTOS NORMATIVOS<sup>1</sup>

El objetivo del presente capítulo es, además de elaborar un marco conceptual de referencia, precisar el significado y alcance de algunos de los conceptos que serán utilizados en el estudio de los conflictos normativos. De manera genérica se podría decir que los conflictos normativos son problemas de aplicación de las normas que se manifiestan en los sistemas jurídicos, por lo cual resulta necesario conocer el entorno en que se producen, las razones por las cuales se verifican, así como distinguir los casos en que éstos no se suceden realmente. En consecuencia, se revisarán los conceptos de derecho, sistema jurídico, norma, aplicación y eficacia, entre otros, en virtud de su estrecha relación con los conflictos normativos.

Para la comprensión y análisis de los conflictos normativos es fundamental partir de una concepción del derecho como sistema que permita explicar la forma en que las normas jurídicas se relacionan. La reflexión sobre el significado de los conceptos de derecho, de norma y de validez, así como del funcionamiento del sistema jurídico, es relevante no solamente para explicar los conflictos normativos, sino también para descubrir los alcances de la lógica deóntica<sup>2</sup> en la identificación y resolución

1 El modelo de análisis que se propone en el presente capítulo ha sido expuesto previamente para el análisis de las transiciones jurídicas; véase “Constitución, transición y ruptura”, en González, María del Refugio y López-Ayllón, Sergio (eds.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, 1998, pp. 49-81. El objetivo en este caso es servir de marco de referencia para los conflictos normativos exclusivamente, ya que para ello fue concebido originalmente.

2 Aquí se entiende la lógica deóntica en un sentido amplio, como la ciencia que se ocupa de los conceptos normativos de permisión, prohibición y obligación, y de los usos normativos del lenguaje, como lo hacen Alchourrón y Bulygin en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 19.

de los conflictos normativos.<sup>3</sup> Considero que para poder explicar cabalmente el problema de los conflictos entre normas es conveniente realizar una distinción entre los conceptos de sistema y orden jurídicos con el objeto de separar la estructura del contenido del derecho, para así poder explicar la operatividad en el tiempo de las normas jurídicas. Calificar al derecho como un sistema implica hacer referencia a su funcionamiento en su descripción.

## I. EL DERECHO COMO NORMATIVIDAD

La determinación del significado de un concepto como el de sistema jurídico no es dable, a menos que se explice previamente el significado de los conceptos de sistema y de derecho, ya que constituye un término complejo. De tal forma que los elementos más relevantes de cada uno de estos conceptos aporten las características para la identificación y comprensión del concepto de sistema jurídico.

El significado del término derecho es por su ambigüedad uno de los temas a los cuales se han dedicado más ensayos y reflexiones. No obstante, la ciencia jurídica no ha sido capaz de elaborar un concepto que sea aceptado genéricamente, aun cuando a la fecha existe un acuerdo general en relación con algunos aspectos fundamentales. Proponer un significado específico para este término es importante si se pretende comprender la naturaleza y funcionamiento de un sistema jurídico. Esto se debe principalmente a que la idea de sistema jurídico permitirá la elaboración de un marco teórico de referencia que responda a diversas interrogantes relacionadas con los conflictos normativos.

Por razones de orden metodológico comenzaré por tratar de explicar qué es el derecho y cuáles son los elementos que conforme a la dogmática jurídica contemporánea lo identifican como tal, para posteriormente analizar las normas, ya que como es sabido, los intentos por definir el derecho a partir de sus componentes han sido infructuosos. Uno de los principales problemas en torno a la determinación del significado del

<sup>3</sup> Para Tecla Mazzarese, las dos fuentes principales de problemas para considerar a la lógica deontica como una lógica de las normas jurídicas son la noción de norma jurídica y la noción de validez (jurídica) sistémica, en “Deontic Logic as Logic of Legal Norms: Two Main Sources of Problems”, *Ratio Iuris*, Oxford, vol. 4, núm. 3, diciembre de 1991, p. 377.

termino derecho es la diversidad de posturas relativas a la posibilidad de su definición, por lo que considero que la actitud adecuada es no intentar definirlo, sino partir de aproximaciones que con su desarrollo concreten y especifiquen el significado de este concepto.<sup>4</sup> En consecuencia, más que proponer una definición del concepto de derecho, se intentará establecer su uso y funciones a través de la identificación de sus características distintivas. Como se mencionaba previamente, uno de los problemas en la determinación de su significado radica en la ambigüedad del término derecho, por lo que solamente se utilizará en el sentido de normatividad cuyo objeto es la regulación de conductas humanas. Sin embargo, no debe confundirse al derecho con la ley, que es una de sus manifestaciones, ni con el derecho positivo, ya que el concepto de derecho es más amplio, y una reducción tal podría conducir a la equivocación.<sup>5</sup> Otra dificultad consiste en la identificación de los contenidos del derecho, y aunque distintas teorías respecto del tipo de enunciados que configuran el contenido del derecho han sido elaboradas, se puede afirmar que las normas constituyen su componente fundamental, por lo que también deben ser analizadas.

Desde la perspectiva lingüística es posible distinguir dos formas de aproximarse al derecho. Así por ejemplo, para Hart<sup>6</sup> uno de los enfoques posibles es desde la llamada “perspectiva interna”, que corresponde a los órganos obligados a realizar la aplicación del derecho, así como a quienes usan las reglas como parámetros de su actuación y de los otros, por lo cual su interpretación resultaría obligatoria. En estos casos, la función del lenguaje utilizado es prescriptiva. Kelsen hace una distinción similar y denomina a este tipo de interpretación de las normas “auténtica”,<sup>7</sup> en

<sup>4</sup> Independientemente de que como Hermann Kantorowicz bien señala, la definición no es una manifestación verídica, sino una proposición que sirve para entender; *La definición del derecho*, Madrid, Revista de Occidente, 1964, p. 35.

<sup>5</sup> En sentido objetivo, el derecho es el orden jurídico, es decir, la totalidad de las prescripciones jurídicas que regulan las relaciones de un grupo de personas entre ellas o respecto de las autoridades o entre éstas; además, el concepto de derecho comprende no solamente las normas expresas, sino también las derivadas. La ley, en cambio, constituye solamente una parte de las prescripciones que se dirigen de manera vinculante a un número indeterminado de personas y que formalmente se identifica con su proceso de creación; cfr. *Creifelds Rechtswörterbuch*, 10a. ed., Munich, C. H. Beck, 1990, pp. 462 y 907.

<sup>6</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 110-112.

<sup>7</sup> Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Viena, Franz Deuticke, 1960, pp. 345

virtud de su obligatoriedad y de la regulación jurídica de sus procedimientos de creación, ya que el resultado de la interpretación es considerado como una norma. La “perspectiva externa”, en cambio, corresponde según Hart, a la actividad realizada por el estudioso del derecho, o por un tercero interesado en saber cuál es el significado de las normas. El observador hace una evaluación de las reglas y conductas de otros, de modo que su interpretación carece de fuerza obligatoria. Es una descripción o valoración del derecho, por lo que en este caso la función del lenguaje es meramente descriptiva. Los juristas o los estudiosos del derecho cuando realizan una actividad interpretativa no legislan, por ello a pesar de tratarse de una actividad cognoscitiva o justificatoria, es considerada como descripción del derecho en virtud de la función lingüística de los enunciados que emiten. Es por ello que, para Kelsen,<sup>8</sup> la interpretación que realiza un jurista debe ser considerada como “no auténtica”, puesto que su tarea no es aplicar o crear derecho, sino conocerlo.

El derecho también puede ser analizado como institución, ya sea como un sistema jurídico o como un conjunto de reglas válidas y eficaces, o bien, como concepto, como un conjunto de ideas sobre lo que el derecho como institución es o debe ser.<sup>9</sup> Así, el derecho como institución podría ser entendido como un conjunto de normas jurídicas vinculantes estructurado como sistema, que mediante la facultad de sancionar su incumplimiento, permite la realización de la conducta obligada aun en contra de la voluntad del sujeto obligado a través del ejercicio de la fuerza física organizada estatalmente. Como concepto,<sup>10</sup> en cambio, po-

y ss.; *id.*, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2000, p. 349.

<sup>8</sup> *Teoría pura del derecho*, trad. de Moisés Nilve de la edición francesa de 1953, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. 170.

<sup>9</sup> La Torre, Massimo, “Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 16, septiembre-diciembre de 1993, p. 69.

<sup>10</sup> Alexy propone el siguiente concepto: “El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección”. De esta manera elabora una de-

dría resultar interesante para la presente investigación mencionar la definición preliminar propuesta por Hermann Kantorowicz en *La definición del derecho*, la cual establece que “el derecho es un cuerpo de normas que tiene como finalidad la prevención o la ordenada solución de conflictos”,<sup>11</sup> aun cuando aquí el término “conflicto” es utilizado en un sentido más amplio.

Finalmente, y en virtud de la cantidad de alternativas que ofrece la teoría del derecho en relación con la definición de su objeto, resulta pertinente aclarar que el análisis de los sistemas normativos para la elaboración de las herramientas necesarias para la identificación y solución de los conflictos normativos, se realizará desde la perspectiva dogmática, como conjunto de enunciados relativos a su estructura, operatividad, propiedades o significado, en virtud de que no se estudiará un sistema jurídico específico.

Con el objeto de apuntar la relevancia de concebir al derecho como sistema y aun cuando Kelsen no distingue entre sistema y orden jurídicos, quizás se podría comenzar por hacer referencia a los conceptos de dinámica y estática jurídicas,<sup>12</sup> ya que la distinción hecha por Kelsen proporciona dos medios distintos de reconstrucción del material jurídico.<sup>13</sup> La teoría dinámica concibe al derecho en movimiento en virtud del concepto de facultad legislativa y se ocupa de la producción normativa. Desde esta perspectiva es posible explicar la estructura del sistema jurídico y la forma en que las normas que lo integran se relacionan. La teoría estática, en cambio, explica el derecho a partir del análisis de la nor-

finición jurídica que incluye la validez del derecho. *El concepto y la validez del derecho*, 2a. ed., trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 123. Como se verá posteriormente en el tercer apartado del presente capítulo, esta definición es equivalente a la de orden jurídico entendido como derecho aplicable.

11 Kantorowicz, Hermann, *op. cit.*, nota 4, p. 44.

12 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, *cit.*, nota 7, capítulos IV y V, pp. 114-282; *id.*, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 7, pp. 82 y 83, capítulos IV y V, pp. 123-283.

13 Raz señala que si bien se trata de dos principios de individuación diferentes que se aplican a materiales jurídicos distintos, Kelsen termina por asimilarlos al proyectar una de las clasificaciones dentro de la otra con el objeto de salvar la cualidad de normas de todas las disposiciones jurídicas. Además considera que Kelsen se equivoca al preferir el principio estático, ya que solamente el principio dinámico de individuación permite describir la estructura interna del sistema jurídico basada en relaciones genéticas; *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1986, pp. 139 y ss.

ma y la coacción, de los conceptos jurídicos fundamentales. De tal manera que se podría pensar que la noción de estética corresponde a la de derecho como normatividad, y la de dinámica a la de sistema jurídico. Por lo que el concepto de derecho entendido como orden, corresponde a un tipo de normatividad que tiene ciertas características o propiedades comunes a todos los conjuntos normativos de carácter jurídico. Mientras que el concepto de sistema jurídico refleja la forma en que el derecho se organiza, estructura y regula sus procedimientos de modificación de conformidad con las reglas y los principios previstos en sus disposiciones y que determinan su funcionamiento. En resumen, se podría hablar de una visión estática cuando se describe al derecho como contenido, como un tipo específico de normatividad, incluyendo los conceptos jurídicos, las instituciones y las normas, y de una visión dinámica si se describe al sistema jurídico como estructura, identificando sus reglas y principios de operación y cambio.

Esta primera diferenciación permite analizar el derecho como sistema, un segundo paso consiste en distinguirlo de otros sistemas normativos a través de la identificación de ciertas propiedades relevantes. Es preciso comenzar por señalar que el análisis estructural de las normas debe ser descartado como método para lograr dicho objetivo, ya que las normas se identifican por su pertenencia a un sistema y de él derivan sus propiedades. En consecuencia, la determinación *a priori* de la estructura de la norma jurídica no sirve para tipificar o diferenciar al sistema jurídico, pero su análisis servirá posteriormente como herramienta para la identificación de las normas y la determinación de la existencia de los conflictos normativos.

Un primer intento para individualizar el derecho puede ser a través de la identificación de un elemento característico propio del mismo, pero ausente en otros tipos de normatividad, así por ejemplo, Kelsen<sup>14</sup> sostiene que la sanción coactiva es distintiva del derecho.<sup>15</sup> Para él, la coac-

<sup>14</sup> Kelsen, *Reine Rechtslehre* (primera edición de 1934), Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1985, *passim*; *id.*, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 8, pp. 70 y ss; *id.*, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Mányez, México, UNAM, 1988, capítulo II, *passim*.

<sup>15</sup> También Raz considera que la sanción y el uso de la fuerza son característicos del derecho, y que incluso en una sociedad de ángeles pueden ser necesarios para asegurar la coordinación. *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 184 y 185.

ción significa la posibilidad del uso de la fuerza física para exigir el cumplimiento de una obligación. En términos jurídicos, esta fuerza característica es la coercibilidad, puesto que el ejercicio de la coacción se legitima a través de su legalidad. Kelsen consideraba a la coacción como una propiedad de las normas, sin embargo, debe entenderse más bien como una característica del sistema jurídico.

De manera que si bien es cierto que esta tesis se centra en un aspecto cuya relevancia es innegable, como es la coacción y la obligatoriedad del derecho que de ella deriva, considerar solamente esta propiedad refleja una apreciación limitada del derecho. Es por ello que esta tesis ha sido fuertemente criticada, principalmente desde dos puntos de vista: el primero por considerar a la sanción como acto coactivo,<sup>16</sup> como un castigo, como en el derecho penal por ejemplo; y el segundo, por afirmar que todos los enunciados normativos llevan aparejada una sanción en sentido coactivo.<sup>17</sup> Sin embargo, esto se debe en parte a una lectura parcial de la tesis de Kelsen, la cual, por el contrario, debe ser entendida de manera integral, ya que Kelsen consideraba al derecho como un sistema de normas.<sup>18</sup> Así, en virtud de la unidad del sistema jurídico es posible y necesaria la vinculación e interrelación de las normas, por lo que para Kelsen, la tesis de la “norma no independiente”<sup>19</sup> permite que los enunciados normativos sean concebidos como normas jurídicas en sentido estricto, aun cuando no tengan una sanción coactiva por estar conectados a otros que sí la prevén. Lo anterior, aunado a la redefinición del término sanción en un sentido más amplio como consecuencia jurídica,<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Segundo Raz debe distinguirse entre el uso de la fuerza y las sanciones, aun cuando en ocasiones coincidan, sobre todo porque no toda consecuencia jurídica (sanción) implica la realización de una medida de ejecución (uso de la fuerza) para asegurar el cumplimiento del derecho; *ibidem*, p. 183.

<sup>17</sup> En relación con la sanción coactiva, Rupert Schreiber señala que mientras que la explicitación de los elementos de la norma jurídica es una cuestión de análisis lógico, si la sanción es un elemento necesario de las normas jurídicas es en cambio una pregunta que excede el objeto del análisis lógico; *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlín-Heidelberg-Nueva York, Springer Verlag, 1966, pp. 24 y 25.

<sup>18</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Editora Nacional, 1981, p. 94.

<sup>19</sup> Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, cit., nota 7, pp. 52, 55 y ss., y *Teoría pura del derecho*, cit., nota 7, pp. 67-70.

<sup>20</sup> Karl Engisch define a la consecuencia jurídica como derechos (incluso autorizaciones) y obligaciones, y señala que no toda consecuencia jurídica implica la realización de un acto coactivo; *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1967, pp. 28-31.

es decir, derechos y obligaciones, diverso del de sanción entendido exclusivamente como acto coactivo, permitiría afirmar que la estructura de cada norma del sistema prevé una sanción (consecuencia jurídica). Además sería posible sostener que cada norma está vinculada, de un modo más o menos directo, a un acto coactivo, lo cual se funda en el presupuesto de la unidad del sistema jurídico que permite que las normas se relacionen entre sí. La idea de sistema establece esta posibilidad y determina el funcionamiento de las normas jurídicas, y además confirma su carácter prescriptivo.

Entonces, un sistema normativo es calificado como jurídico solamente si incluye normas que prescriben actos coactivos, ya que la ausencia de la coerción, y por lo mismo de un sistema de aplicación y de ejecución de la sanción, así como del establecimiento de un monopolio de la fuerza, reduciría la eficacia del derecho como normatividad. Estos elementos son considerados propios del derecho, ya que refuerzan su carácter obligatorio, indispensable para calificar un sistema normativo como jurídico. De lo contrario, al carecer de obligatoriedad asumiríamos que las conductas deseadas se realizarían voluntariamente y entonces, o bien presuponemos una “comunidad de ángeles”,<sup>21</sup> o resultaría superfluo regular conductas que son cumplidas espontáneamente.<sup>22</sup>

Hart,<sup>23</sup> por su parte, llega a la conclusión de que la distinción entre derecho y otros sistemas normativos radica en que el derecho contiene diferentes tipos de normas, ya que no solamente prescribe conductas (normas primarias), sino que también prevé una serie de normas que se refieren a esas normas y a los órganos de creación y aplicación (normas secundarias). Dentro de esta segunda clase se encontrarían: la regla de reconocimiento, que permite determinar las normas que pertenecen al sistema; la regla de cambio, que establece los órganos y los procedimientos de creación normativa, fundamental en virtud de la dinámica del derecho, y la regla de adjudicación, que establece los órganos y procedimientos de aplicación. Sin embargo, desde mi punto de vista, esta

<sup>21</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford at the Clarendon Press, 1961, p. 192; *id.*, *El concepto de derecho*, cit., nota 6, p. 242.

<sup>22</sup> Raz se expresa en este mismo sentido en *Razón práctica y normas*, cit., nota 15, pp. 184-187, y sobre la obligatoriedad del derecho en *La autoridad del derecho; ensayos sobre moral y derecho*, 2a. ed., trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1985, capítulos XII y XIII.

<sup>23</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., nota 6, p. 101.

clasificación no implica la supresión del carácter prescriptivo de las normas secundarias, ya que ambos tipos de normas tienen la misma estructura lógica y son obligatorias. El objetivo de la distinción es apuntar el hecho de que en los sistemas jurídicos existan normas que se refieren al propio sistema, ya que otros tipos de normatividad solamente establecen normas que se dirigen a los individuos. Esta distinción aunque en un sentido distinto, ya que se refieren al sujeto normativo a quienes se dirigen los enunciados normativos, también la hacen Alchourrón y Bulygin cuando diferencian las normas que se dirigen al juez de las que se dirigen a los particulares, aunque consideran que se trata de sistemas que se interrelacionan.<sup>24</sup> Esta distinción tampoco priva de su carácter prescriptivo a las normas que integran el sistema del juez, ya que según los autores citados, tanto las normas de competencia como las normas que establecen obligaciones y prohibiciones constituyen normas de conducta para el juez.

La relevancia de la distinción hecha por Hart reside en que destaca el carácter sistémico y dinámico del derecho, sobre todo en virtud de las reglas de cambio, conocidas tradicionalmente como fuentes del derecho. Éstas se refieren a la posibilidad del derecho de autorregular sus procesos de creación, lo cual se puede predicar incluso de la regla de reconocimiento, puesto que su naturaleza es también la de una fuente de derecho. Por su parte, las reglas de adjudicación en la medida en que posibilitan la creación de normas individualizadas mediante la aplicación del derecho, apuntan también hacia una de las características distintivas del derecho más relevantes: su dinámica, es decir, su capacidad de modificación y adecuación de conformidad con sus propias reglas en virtud de su carácter autopoiético.<sup>25</sup> Para Hart la institucionalización del derecho es una consecuencia de la existencia de normas secundarias que establecen las autoridades y los órganos y procedimientos de aplicación que proveen a las sanciones centralizadas del sistema, lo cual constituye

<sup>24</sup> Hablan así del sistema del juez o secundario y el sistema del súbdito o sistema primario, en *Normative Systems*, Viena-Nueva York, Springer Verlag, 1971, pp. 144-155, y en *Introducción a la metodología...*, cit., nota 2, pp. 205, 208 y ss.

<sup>25</sup> Sobre el carácter autopoiético del derecho véase Teubner, Günther, *Recht als autopoiетisches System*, Frankfurt, Suhrkamp, 1989; id., *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, en Teubner, Günther (ed.), Berlín, Walter de Gruyter, 1988; Luhmann, Niklas, “El enfoque sociológico de la teoría y la práctica del derecho”, *Teoría de los sistemas sociales (artículos)*, México, Universidad Iberoamericana, 1998, pp. 135-153.

otro factor característico del derecho.<sup>26</sup> Esto es así porque, para él, el derecho es una unión compleja de normas primarias y secundarias que determinan las relaciones de las autoridades con las normas secundarias,<sup>27</sup> no obstante, Hart señala que a pesar de que esta unión se encuentra en el centro del sistema jurídico, no es el todo.<sup>28</sup>

Por lo tanto, el derecho no puede ser tipificado tomando en consideración sólo una de sus características, sino que se deben considerar la regulación de sus procesos de cambio, de las condiciones del uso de la fuerza, de los órganos centralizados de aplicación de las normas a casos individuales, así como de la ejecución de medidas coactivas, de tal forma que todos los órganos del Estado recurran al mismo aparato coercitivo, creando así un monopolio legítimo del uso de la fuerza que garantece el ejercicio de los derechos y permita el control del derecho mismo.

Finalmente es necesario considerar que en virtud de su dinámica, ya que constituye una propiedad característica del derecho que deriva de la naturaleza del objeto que regula, las conductas humanas, los conceptos de derecho y sistema se relacionan. Así, el derecho es entendido como un tipo de normatividad que opera como un sistema, y cuya estructura no solamente permite sino que implica la interrelación de sus normas. De tal forma que se podría decir de manera preliminar, ya que el tema será abordado en el tercer apartado del presente capítulo, que el concepto de sistema jurídico se refiere más que al contenido del derecho, a su estructura, a su dinámica, al modo en que operan y se relacionan sus normas y, por lo mismo, a la forma en que se aplican para la solución de conflictos de intereses tomando en consideración su funcionamiento como unidad. En síntesis, se podría decir que el concepto de sistema jurídico representa una forma de ser o de organizarse del derecho que refleja su estructura y operatividad.

26 Según Raz, los sistemas institucionalizados se caracterizan por sus elementos estructurales, los cuales derivan principalmente de las normas que establecen órganos primarios y de aquellas que estos órganos están obligados a aplicar; *Razón práctica y normas*, cit., nota 15, p. 174.

27 Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., nota 21, pp. 91 y 96, y *El concepto de derecho*, cit., nota 6, pp. 101 y ss.

28 *Ibidem*, pp. 121 y 123 y 96, respectivamente.

## II. ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Epistemológicamente es posible concebir al derecho como un lenguaje especial<sup>29</sup> de las reglas de conducta que pretenden ciertos objetivos para una determinada comunidad en un espacio físico y temporal delimitado; normas que se relacionan entre sí de un modo especial. Sin embargo, este lenguaje dista de ser claro, por lo que requiere de la teoría general del derecho para ser descifrado. Además existen otros obstáculos para comprender el derecho que derivan del hecho de que éste se expresa mediante un lenguaje natural, lo cual dificulta la comprensión de los textos normativos. Por otra parte, si bien es cierto que las normas son los elementos primarios del derecho, éstas no son evidentes, dado que se expresan a través de oraciones que deben ser interpretadas. Por lo tanto, es oportuno hacer una distinción entre los distintos niveles del lenguaje en que se manifiestan los contenidos jurídicos.<sup>30</sup> Así, es necesario distinguir entre la norma, el enunciado normativo y la proposición normativa,<sup>31</sup> que corresponden respectivamente al lenguaje objeto que es del que se habla, al metalenguaje, que es el lenguaje con el que se habla del primero, y al metametalenguaje, que es un metalenguaje de segundo grado que se refiere a este último.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Así, José Juan Moreso señala que se acostumbra pensar que el lenguaje del derecho es un lenguaje de tipo prescriptivo, por lo que sus componentes (normas principalmente) no son susceptibles de verdad o falsedad. “Lenguaje jurídico”, *Enclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta, 1995, p. 107. Existen objeciones a esta concepción como por ejemplo la de Roberto Vernengo, quien realiza una en “El discurso del derecho y el lenguaje normativo”, *Isonomía*, México, núm. 4, abril de 1996, pp. 87-95.

<sup>30</sup> Von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 109 y ss.

<sup>31</sup> En el presente trabajo se les confiere a dichos términos una connotación específica que es la mayormente aceptada, ya que generalmente son utilizados en sentidos diversos tanto por los autores como por sus traductores en los diferentes textos relativos al tema, y a pesar de que la distinción se hace, no existe consenso respecto de la terminología. Esta distinción es sumamente relevante para la lógica deontica, así como para la lógica de las normas; véase Lindahl, Lars, “Norms, Meaning, and Legal Predicates”, en Garzón Valdés, E. et al. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory, Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlín, Duncker & Humblot, 1997, pp. 293-295.

<sup>32</sup> Sobre los niveles y funciones del lenguaje, véase Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Distribuciones Fontamara, 1999, pp. 27-29, y Schreiber, Rupert, *Lógica del derecho*, 3a. ed., trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Distribuciones Fontamara, 1995, p. 18.

Esta distinción es fundamental, ya que las normas no son entidades fácticas, por lo que pueden ser consideradas como ideales o semánticas, pertenecen al mundo normativo del deber ser, no del ser, en consecuencia serán consideradas como entidades deónticas. Como tales, poseen una especial manera de relacionarse, lo cual empero, no constituye el criterio definitorio de su carácter jurídico, puesto que no sirve para distinguir entre los distintos tipos de normas. Las normas jurídicas se diferencian de otros tipos de normas por las propiedades que les son atribuidas en razón de su pertenencia a un sistema jurídico, y de éste deriva también su estructura formal.

En congruencia, se adopta una concepción semántica de norma cuyo punto de partida es la distinción entre norma y enunciado normativo, pues como bien señala Alexy,<sup>33</sup> esto permite distinguir entre el concepto de norma y el concepto de su validez, ya que si el concepto de validez fuese incorporado al de norma, no se podría afirmar que una norma no es válida. Así, un enunciado expresa una norma, por lo que la norma se puede concebir como el significado del enunciado normativo.<sup>34</sup> De tal forma que para conocer una norma, lo que se necesita identificar es una entidad semántica, es decir, un contenido de significado que incluya una modalidad deóntica.

La norma establece una conducta como obligatoria, prohibida o permitida; estas conductas se caracterizan por los operadores deónticos: O, F y P respectivamente, siendo éstas las formas básicas de deber y de permisión. La permisión presenta una peculiaridad que radica en que puede ser interpretada de distintas maneras, en sentido amplio como libertad de acción o elección, y en sentido restringido como posibilidad fáctica, pero es considerada un tipo de deber porque puede ser entendida como una obligación de no intervención, de no impedir la realización de una conducta permitida. Los enunciados normativos expresan las normas a través del lenguaje en que se redactan los textos normativos,<sup>35</sup> y

<sup>33</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 50 y ss.

<sup>34</sup> Según Ilkka Niiniluoto, decir que la norma es el contenido o significado de un enunciado normativo constituye más bien una afirmación interpretativa: “Norm Propositions Defended”, *Ratio Iuris*, Oxford, vol. 4, núm. 3, diciembre de 1991, pp. 367-373.

<sup>35</sup> Paulson considera que las normas en sentido estricto a pesar de ser fenómenos extralingüísticos se expresan normalmente mediante un lenguaje; “Zum Problem der Normkonflikte”, *ARSP*, Wiesbaden, vol. 66, núm. 4, 1980, p. 490.

las proposiciones normativas finalmente, se refieren a los enunciados normativos, son el lenguaje propio de la ciencia jurídica que describe al derecho.<sup>36</sup>

El enunciado normativo es una formulación lingüística cuyo significado son las normas jurídicas, no obstante, la función del lenguaje es prescriptiva. Las proposiciones normativas, en cambio, son las oraciones que describen el derecho de conformidad con determinados criterios, como por ejemplo validez, justicia, algún valor, etcétera. Si se retoma la distinción hecha por Hart entre el punto de vista interno y el externo, se podría decir que el resultado de la interpretación cuando es realizada por la autoridad competente se expresa mediante un enunciado normativo, por lo que produce una modificación en el sistema jurídico. En el caso de la perspectiva externa, las opiniones que emite el estudioso del derecho por ejemplo, tienen un carácter descriptivo en su calidad de proposiciones normativas. Este tipo de interpretación adquiere valor jurídico solamente en la medida en que el propio derecho le reconoce autoridad de fuente primaria o secundaria<sup>37</sup> a la doctrina, pudiendo convertirse así en un enunciado normativo con carácter prescriptivo.

Existen otras formas de identificar las normas, por lo que también sería posible utilizar el criterio propuesto por Laband<sup>38</sup> que consiste en distinguir entre el aspecto formal, que se refiere a los órganos y procesos de creación, y el material, relativo al contenido de la norma, es decir, a que debe contener reglas de derecho, órdenes o prohibiciones. Esta clasificación permite concluir que las normas no se distinguen por sus contenidos, sino solamente por sus procesos de elaboración. De tal forma que no es la materia o, en otras palabras, las conductas reguladas lo que hace jurídica a una norma, sino su modo de creación. Sin embargo,

<sup>36</sup> Kelsen distingue entre norma jurídica (*Norm*) y proposición normativa (*Rechtsatz*), la primera tiene una función prescriptiva, la segunda descriptiva, pero como las normas solamente pueden ser válidas o no, las proposiciones normativas deben ser enunciados de validez. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manz Verlag, 1979, p. 123, y *Reine Rechtslehre*, cit., nota 7, p. 73. El término *Rechtssatz* fue traducido al español como enunciado de derecho: *Teoría pura del derecho*, cit., nota 7, pp. 84-88.

<sup>37</sup> Con el término de fuentes primarias me refiero a aquellos procedimientos de creación de normas jurídicas generales previstos en la Constitución, y con el de fuentes secundarias a otras formas de creación, de aplicación supletoria o de interpretación establecidas como obligatorias en una norma secundaria, véase capítulo quinto, apartado IV, 3.

<sup>38</sup> Laband, Paul, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tübingen, Mohr, 1914, vol. 2, capítulo 6, p. 62.

también es necesario que el enunciado establezca una obligación, una prohibición o un permiso, pues es esto lo que permite atribuirle el calificativo de normativo.<sup>39</sup> Pero si bien ésta es una condición necesaria, no es suficiente para calificar al enunciado como norma jurídica.

Por otra parte, de la pertenencia de las normas al sistema jurídico se derivan ciertas características que permiten distinguir a las normas jurídicas, una de ellas es su estructura. Mediante el análisis estructural de las normas, ya sea utilizando, por ejemplo, los criterios de Fritz Schreier<sup>40</sup> o, bien, de Georg Henrik von Wright<sup>41</sup> para establecer las relaciones entre las normas e identificar los elementos característicos de los enunciados normativos, o realizando un análisis lógico como lo hace Lars Lin-dahl,<sup>42</sup> se puede establecer que la imputación, la ley de la causalidad normativa y la relación necesaria de atribución de la consecuencia jurídica a la materialización del supuesto, son propiedades exclusivas de las normas jurídicas.<sup>43</sup> Pero para ello se requiere de la previa identificación del propio sistema jurídico.

Para efectos del análisis y reformulación de las normas además es relevante rescatar la caracterización tradicional del derecho según su naturaleza, en virtud de la cual le son atribuidas las siguientes propiedades: exterioridad, bilateralidad, coercibilidad y heteronomía.<sup>44</sup> Estas últimas tres características se relacionan entre sí en virtud de la estructura del derecho como sistema normativo, ya que la obligatoriedad de las normas jurídicas y la posibilidad de su ejecución tienen un origen distinto al sujeto regulado. La bilateralidad entendida como la correlatividad de todo derecho con una obligación es una característica importante, ya que a

<sup>39</sup> Según Rupert Schreiber la auténtica parte normativa de los enunciados jurídicos radica en la modalidad que corresponde a este tipo de entidades lingüísticas; “Deontische Logik und Geltungstheorie (die Deskriptionsthese in der deontischen Logik)”, en Conte, Amedeo *et al.* (eds.), *Deontische Logik und Semantik*, Wiesbaden, Akademische Verlagsgesellschaft Athenaion, 1977, p. 169.

<sup>40</sup> Schreier, Fritz, *Conceptos y formas fundamentales del derecho*, trad. de Eduardo García Máynez, México, Editora Nacional, 1975, pp. 145-206.

<sup>41</sup> Von Wright, *Norma y acción...*, cit., nota 30, pp. 87 y ss.

<sup>42</sup> Véase *Position and Change. A Study in Law and Logic*, Dordrecht, Holanda, D. Reidel Publishing Company, 1977.

<sup>43</sup> Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., nota 14, p. 22; *Reine Rechtslehre*, cit., nota 7, pp. 40, 79 y ss.; *Teoría pura del derecho*, cit., nota 8, pp. 16 y ss.; *Teoría pura del derecho*, cit., nota 7, pp. 90 y ss.; García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1977, pp. 174-176.

<sup>44</sup> García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, nota anterior, pp. 15-24.

partir del análisis de un enunciado normativo se hace manifiesta la existencia de una o varias normas que se encuentran referidas a distintos sujetos normativos, las cuales pueden ser denominadas “normas derivadas”, pues proceden de la realización de una inferencia lógica, aun cuando se trata más bien de una lógica propia del derecho, delimitada por las reglas de cada sistema jurídico específico.

Finalmente, para realizar el análisis de una norma debe tomarse en consideración que la estructura gramatical del enunciado normativo no necesariamente coincide con la estructura lógica de la norma. Al realizar un análisis estructural de los enunciados normativos de un determinado orden jurídico, se puede evidenciar cómo en cada uno de ellos se pueden encontrar ya sean diversas normas o, bien, partes de ellas. Su estructura se integra en el siguiente orden por el supuesto, la cópula y la sanción.<sup>45</sup> El supuesto de hecho se define como la abstracción de la realidad regulada, y lo integran los elementos que conforman la conducta o estado de cosas que se regula. La cópula es el nexo verbal mediante el cual se realiza la imputación de la sanción cuando se materializan los hechos previstos en el supuesto, en ella se encuentra el operador deontico. La sanción, finalmente, no es otra cosa sino la consecuencia jurídica prevista, es decir, derechos u obligaciones.

Es debido a la unidad del sistema y al presupuesto de su plenitud hermética que se puede afirmar que todas sus normas tienen esa estructura. Así resulta que la obligatoriedad de las normas deriva de la estructura de las normas jurídicas, que es consecuencia de su pertenencia al sistema jurídico. De tal forma que es posible encontrar enunciados normativos que contienen una o varias normas, o bien normas cuyos componentes se encuentran en diversos enunciados normativos. Visto desde esta perspectiva, todos los enunciados normativos que establecen un deber ser son obligatorios, por lo que se puede considerar que el derecho solamente contiene normas, es decir supuestos, con carácter prescriptivo que

45 Para Rupert Schreiber la estructura de la norma jurídica se integra por el supuesto, la cópula y la sanción, siendo la implicación la forma lógica de la norma jurídica; *Die Geltung von Rechtsnormen*, cit., nota 17, pp. 9 y ss. Véase, también, Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 4a. ed. (1979), trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, p. 243; Engisch, Karl, *op. cit.*, nota 20, pp. 46-52; Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 18, p. 48. En “Die Idee des Naturrechtes”, Kelsen señala que el supuesto de hecho es la condición que se vincula a través del “deber” a la consecuencia; *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Viena, Europa Verlag, 1968, p. 252.

se relacionan con consecuencias jurídicas. De manera que todas sus disposiciones son prescriptivas,<sup>46</sup> aun las incorrectamente denominadas “definiciones jurídicas”, ya que la función de este tipo de normas es enlazar los conceptos jurídicos con consecuencias jurídicas e incluso con una sanción/acto-coactivo.<sup>47</sup>

Así, a partir del análisis de la estructura de las normas jurídicas, se podría considerar que no es del todo correcta la afirmación de Alchourrón y Bulygin<sup>48</sup> en relación con el contenido del derecho, ya que afirman que en el derecho existen diversos tipos de enunciados, entre los cuales se encuentran algunos que a pesar de formar parte del sistema jurídico carecen de carácter normativo.<sup>49</sup> La apreciación de que pueden existir enunciados sin carácter normativo no es exclusiva de los autores mencionados.<sup>50</sup> Esta percepción se funda en el hecho que en los sistemas jurídicos frecuentemente se encuentran enunciados que difícilmente parecen reformulables como normas en sentido estricto. El problema no se resuelve solamente con la realización del análisis estructural de la

<sup>46</sup> Von Wright, Georg Henrik, “Ser y deber ser”, en Aarnio, Aulis *et al.* (comps.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, colección Derecho-Filosofía del Derecho, p. 105.

<sup>47</sup> Lars Lindahl en “Norms, Meaning, and Legal Predicates” (*cit.*, nota 31, p. 297) señala que “*There is no doubt that a legal definition occurring in a code, is a stipulation*”. Lindahl utiliza el término “*stipulation*” para referirse tanto a las normas generales como a las denominadas individualizadas.

<sup>48</sup> Su opinión se funda en el criterio de identificación del sistema que utilizan: “*A normative set is a set of sentences such that among its consequences there are some sentences that correlate cases with solutions. Every normative set which contains all its consequences will accordingly be called a normative system*”. *Normative Systems*, *cit.*, nota 24, pp. 54, 55, 58 y 69. Para ellos, las normas son los enunciados que correlacionan casos (circunstancia en que interesa saber si una acción está permitida, ordenada o prohibida por un sistema normativo) con soluciones (las respuestas que el sistema emite); *Introducción a la metodología...*, *cit.*, nota 2, pp. 37, 52, 71, 72, 86 y ss.

<sup>49</sup> Alchourrón y Bulygin mencionan 3 tipos básicos: los enunciados que prescriben un acto coactivo; los que ordenan, prohíben o facultan y permiten, pero no establecen un acto coactivo (en este grupo incluyen las normas de competencia), y los que no son enunciados normativos y no tienen efectos normativos que pueden ser de 2 clases: los que influyen en los efectos normativos de otros enunciados, como las normas definitorias y las derogatorias (enunciados que a mi parecer son normas jurídicas que prescriben conductas que se refieren a sujetos normativos específicos y que en caso de su infracción tienen consecuencias jurídicas), y los que no tienen influencia alguna y cuya eliminación sería deseable; *Introducción a la metodología...*, *cit.*, nota 2, pp. 106 y 107.

<sup>50</sup> Atienza y Ruiz Manero basados en la definición de norma que proponen, afirman que no todos los enunciados de un sistema son normas; *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 54 y ss.

norma para su identificación, ya que parte de la confusión radica en la ausencia de una concepción adecuada de sistema. Por otra parte, como se mencionó previamente, es importante para comprender el funcionamiento del sistema, que la sanción no sea concebida exclusivamente como acto coactivo, sino como consecuencia jurídica, ya que todo precepto jurídico debe generar derechos u obligaciones.

De tal forma que no son las normas las que califican al sistema como jurídico, aun cuando posean una estructura particular que las distingue de las de otros sistemas normativos y de la ley de la causalidad jurídica que les confiere esa especial operatividad en función de la cual la consecuencia jurídica se imputa inexorablemente al sujeto al materializarse el supuesto de hecho. Por el contrario, la estructura propia de la norma jurídica deriva de su pertenencia al sistema jurídico. En consecuencia, resulta relevante determinar el criterio de pertenencia de las normas y sus efectos en el sistema jurídico.

### III. EL SISTEMA JURÍDICO

A continuación se intentará hacer una descripción del significado del concepto de sistema jurídico con el objeto de proponer una noción que haga posible determinar las formas en que las normas se relacionan. El modelo que se describe a continuación se basa principalmente en lo expuesto por Alchourrón y Bulygin en *Sobre la existencia de las normas jurídicas*,<sup>51</sup> donde al referirse a la noción de sistema normativo establecen que:

un sistema dinámico de normas no es un *conjunto* de normas, sino una secuencia de conjuntos: en cada momento temporal el conjunto de normas que pertenecen al sistema es distinto (donde por “momento temporal” entendemos el momento en que se produce algún acto que incorpora una norma al sistema o elimina una norma del sistema, o ambas cosas a la vez). Lo que permanece invariable y permite hablar del *mismo* sistema (es decir, lo que le da identidad al sistema) son los *criterios de identificación* de las normas que pertenecen al sistema en cada momento... (M)ientras los criterios de identificación permanecen idénticos, se trata del mismo sistema normativo. Lo cual no excluye, ciertamente, que la aplicación de

<sup>51</sup> México, Distribuciones Fontamara, 1997, pp. 61-63.

los mismos criterios de identificación en distintos momentos temporales permitirá identificar distintos conjuntos de normas como pertenecientes al sistema.

En resumen se podría decir que para los autores citados, un sistema normativo es un sistema dinámico que se describe como una secuencia de conjuntos de normas relativizables temporalmente, y que cada vez que se introduce o elimina una norma, el conjunto de normas es distinto, pero el sistema sigue siendo el mismo, mientras los criterios de identificación de las normas no varíen.

La razón por la cual he optado por la propuesta de la obra citada, y no por la contenida en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, se debe por una parte a la claridad en la explicación del modelo, y por otra, a la forma en que las definiciones son utilizadas por Alchourrón y Bulygin, principalmente por la noción de sistema, sus modos de operación y por las propiedades que le atribuyen al mismo. Pero sobre todo, por el hecho de que si el sistema jurídico es dinámico, no puede relativizarse temporalmente como afirman, sino que más bien sería un conjunto ordenado de normas lo que se podría identificar en un momento temporal definido. De modo que para hacer la distinción conceptual se podría emplear el término orden jurídico para su identificación. Por otra parte, el concepto de sistema jurídico implica una construcción lógica que cuenta con una base normativa y unas reglas de inferencia fundamento de su dinámica, mientras que el concepto de orden jurídico sirve para identificar un conjunto de normas jurídicas aplicables.

Además, Alchourrón y Bulygin<sup>52</sup> enuncian cinco cláusulas para explicar el significado de la definición de orden, que considero corresponden a la idea de sistema jurídico elaborada a partir de la concepción tradicional de sistema. La primera de estas cláusulas es, para los autores cita-

<sup>52</sup> Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología...*, cit., nota 2, pp. 81 y ss.; ideas que desarrollan también en “Sobre el concepto de orden jurídico”, *Ánálisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 393-407, y que Eugenio Bulygin explicó también en el seminario sobre “Los problemas lógicos de los sistemas normativos” impartido en México en el ITAM en agosto de 1991, inédito. A continuación, al hacer referencia al trabajo de estos autores se conservan los términos utilizados por ellos y entre paréntesis se indican los que considero más adecuados de conformidad con las explicaciones que se encuentran en los numerales 1 y 2 de este mismo apartado.

dos, un primer sistema, sus normas son los axiomas o puntos de partida. En mi opinión, así se representa tanto al sistema como al orden, ya que el conjunto de enunciados coincide en un primer momento. Si pensamos en la Constitución originaria y ésta es la base del sistema, forma parte de él y es aplicable en todo momento a pesar de sus cambios en el tiempo por contener las reglas de inferencia del sistema, esta primera cláusula indica la correspondencia del término sistema al todo, pues incluye no sólo la base sino también todas sus consecuencias, más que a sus “partes”, aun cuando éstas también operan internamente de manera sistemática. Desde el punto de vista del derecho positivo, el carácter axiomático de las primeras normas deriva de la necesidad de no cuestionar su validez.

La segunda cláusula se traduce en una regla de creación que prevé la forma como se introducen nuevas normas al orden; o mejor dicho al sistema, en mi opinión, aun cuando al generar una nueva norma se introduce simultáneamente en ambos. Esta cláusula constituye un criterio de pertenencia. La tercera establece que las normas derogadas dejan de pertenecer al sistema (orden), lo cual indica un criterio de aplicación. La cuarta es la cláusula de supervivencia que implica la continuidad y permanencia de las normas no derogadas de un sistema (orden) a otro. Por último, Alchourrón y Bulygin enuncian la cláusula deductiva, que establece que todas las consecuencias lógicas forman también parte del sistema.

Estas cinco cláusulas sirven para determinar la pertenencia de las normas, para establecer criterios de validez y afirmar la unidad del sistema. Pero si ha de ser estimado como dinámico, no es posible atribuir este carácter al orden jurídico, ya que se estaría definiendo por el criterio de vigencia y en consecuencia tendría que estar temporalmente relativizado. Por lo tanto, sería estático, y el conjunto de normas que lo integra no podría cambiar, sino que sería sustituido por otro conjunto de normas cada vez que se modificara una de sus normas, y estos órdenes jurídicos forman parte de la secuencia que integra el sistema. De tal forma que al ser dinámico el sistema, sus normas permanecen en él, a pesar de los cambios, y forma la misma unidad a menos que su norma primaria sea sustituida.

La posibilidad de analizar las relaciones entre las normas requiere de la distinción entre los conceptos de sistema y orden jurídicos,<sup>53</sup> ya que así la diferencia entre pertenencia y vigencia no solamente queda explicada de manera clara, sino que permite definir la operatividad de las normas jurídicas, principalmente en el tiempo. En consecuencia, a partir de este momento, los términos sistema y orden jurídicos no serán utilizados como si fuesen sinónimos. La intención es que estos términos reflejen la operatividad de las normas, así como la relación entre dinámica y legalidad, con el objeto de resolver una primera duda en cuanto a la aplicabilidad de las normas en un caso dado.

Si bien esta idea no es nueva, la considero de gran utilidad para el análisis de los conflictos normativos, por lo que considero necesario abundar en el tema y hacer algunas precisiones. No solamente Alchourrón y Bulygin han trabajado en esta distinción; Raz, por ejemplo, hace la distinción entre sistema jurídico y sistemas jurídicos momentáneos,<sup>54</sup> cuya existencia supone. Esta propuesta es similar a la distinción entre orden y sistema jurídicos hecha por Alchourrón y Bulygin, y a la que se propone en este trabajo, cuyo fundamento son precisamente las tesis de los autores mencionados. Se ha optado por la diferenciación terminológica por considerar que preserva la unidad del sistema jurídico y además sirve para distinguir la totalidad de las normas que forman el derecho de un Estado de los grupos de normas vigentes en momentos específicos, sin por ello crear la idea de que se trata de un sistema que opera con diversos subsistemas. Asimismo, permite identificar los cambios de sistema y distinguirlos de las modificaciones del sistema que no implican una sustitución de su base.

<sup>53</sup> Ost y van de Kerchove son más bien escépticos en relación con esta propuesta. Al analizar el concepto de sistema señalan que sin perjuicio de la utilidad de la propuesta de distinguir entre los conceptos de sistema y orden, la ciencia jurídica aún no ha determinado un uso convencional de estos términos, por lo que algunos autores optan por el de sistema únicamente, por usarlos como sinónimos, y otros autores han optado por los términos de orden u ordenamiento como genérico por responder éstos a un uso más tradicional; *Le système juridique entre ordre et désordre*, París, Presses Universitaires de France, 1988, pp. 23 y 24.

<sup>54</sup> “A momentary legal system contains all the laws of a system valid at a certain moment”; Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1970, pp. 34 y ss., y *El concepto de sistema jurídico...*, cit., nota 13, pp. 221-236.

## 1. La operatividad del sistema jurídico

La concepción dinámica del derecho como sistema jurídico implica en primera instancia que sus elementos se relacionan formando una unidad, esto determina el funcionamiento del sistema al establecer una estructura que explica la forma en que las normas jurídicas operan.<sup>55</sup> Esta unidad no solamente permite entender la complejidad del sistema jurídico y la forma en que las normas se relacionan, sino que se mantiene a pesar de los cambios que se produzcan en el sistema jurídico. Las principales formas en que las normas se relacionan son la complementación, la coordinación, la oposición y la superposición. Estas formas relaciones corresponden o se derivan de la presencia o ausencia de las denominadas propiedades formales del sistema jurídico, es decir, la completitud, la coherencia, la inconsistencia y la redundancia respectivamente. La complementación se puede observar en la relación que existe entre ciertos enunciados normativos que requieren unos de otros para producir efectos,<sup>56</sup> o en los mecanismos de control de las normas; la coordinación en las instituciones jurídicas por ejemplo; la oposición en los conflictos normativos (en el sentido amplio del término) y la superposición en la repetición de las normas en diversos enunciados jurídicos.

La construcción dogmática elaborada por Alchourrón y Bulygin<sup>57</sup> para explicar los sistemas jurídicos parte del problema de las lagunas en el derecho, puesto que el derecho no se puede definir a partir de sus normas, por lo que el sistema necesita de su definición previa. Para estos autores, las normas son los enunciados que correlacionan un caso con una solución, es decir, una decisión jurídica. En consecuencia, proponen una definición de sistema normativo como un sistema “deductivo” de enunciados entre cuyas “consecuencias lógicas” se encuentra al menos una norma, es decir, un enunciado que correlaciona un caso con

<sup>55</sup> Así, Joseph Raz considera que un sistema jurídico implica la interrelación sistemática de las normas jurídicas, la pertenencia a un grupo específico de normas relacionadas de determinada manera. *Il concetto di sistema giuridico*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 185. Para Raz, “The internal structure of a legal system is its pattern of internal relations”, y considera que “A normative system is a legal system only if it has a certain minimum degree of complexity”; *The Concept of a Legal System...*, cit., nota anterior, pp. 24 y 141.

<sup>56</sup> Así por ejemplo, Fritz Schreier (*op. cit.*, nota 40, pp. 148-152) habla de dependencia y fusión de los supuestos.

<sup>57</sup> *Introducción a la metodología...*, cit., nota 2, pp. 92 y ss. y 103.

una determinada solución normativa, por lo tanto, para ellos basta una “norma” para que un sistema normativo pueda ser calificado como un sistema jurídico.

Convendría hacer algunas observaciones a la definición de sistema propuesta por Alchourrón y Bulygin, aun cuando previamente, al analizar las normas jurídicas, se hicieron ya algunos comentarios en cuanto al tipo de enunciados que integran el sistema. Primero, en el sentido de que para poder calificar al sistema jurídico como un sistema deductivo se debe tomar en consideración que la “derivación deontica” no es lógica exclusivamente, sino también “formal” en sentido normativo. Pues a pesar de que algunos métodos de interpretación con el fin de integrar el sistema jurídico permiten inferir lógicamente normas que no han sido explicitadas, como por ejemplo por analogía o mayoría de razón, esto es posible porque el sistema autoriza expresamente su utilización. Pero aun cuando es cierto que las normas obtenidas por dichos procedimientos pueden denominarse derivadas, esos métodos han sido previstos en una norma de derecho positivo. De tal forma que además de la lógica, para introducir nuevas reglas deben seguirse las reglas de creación normativa establecidas como válidas por el propio sistema, las cuales pueden considerarse como reglas de inferencia. Por otra parte, la forma normal de integración del sistema es mediante el cumplimiento de las normas que establecen los procedimientos de creación e interpretación. La lógica, a pesar de ser una herramienta de integración secundaria cuya validez depende de las propias reglas del sistema, no deja de ser un medio importante para determinar el universo de las normas aplicables principalmente en los casos de derogación.

Es en función de la definición del sistema en términos de la relación entre un caso y su solución, que Alchourrón y Bulygin realizan la crítica a la definición de norma de Kelsen, la cual les parece demasiado extensa, por lo que intentan demostrar que no todos los enunciados normativos tienen una sanción.<sup>58</sup> Su principal objeción radica en la dificultad para especificar las condiciones de identidad de la norma, ya que Kelsen no proporciona criterios para determinar qué normas son completas y cuáles no. Si bien esto es cierto, la crítica no se sostiene ya que al hacer una interpretación sistemática se pueden determinar las consecuencias jurídicas de un supuesto, de tal forma que sí es posible saber qué nor-

58 *Normative Systems, cit.*, nota 24, p. 59; *ibidem*, pp. 97 y 98.

mas son completas o, en su caso, cómo se corresponden para conectar un supuesto con sus consecuencias jurídicas. El propio orden jurídico contiene las indicaciones necesarias para correlacionar los elementos de la norma debidamente. Por otra parte, la definición de solución propuesta por Alchourrón y Bulygin es compatible con la de consecuencia jurídica, lo cual en última instancia permite vincular un caso con una sanción/acto coactivo. Además, según la tesis de la norma jurídica no independiente de Kelsen,<sup>59</sup> las normas se relacionan en función de la unidad del sistema jurídico de manera que todos los enunciados pueden conectarse con una sanción coactiva, en consecuencia su cumplimiento es potencialmente coercible. Por lo que resulta posible afirmar que todos los enunciados de un sistema jurídico tienen carácter normativo, ya que establecen alguna forma de deber ser y en consecuencia son obligatorios.

La diferencia entre sistema y orden jurídicos se puede explicar mediante una distinción relativa a su operatividad en el tiempo, siendo el primero diacrónico y el segundo sincrónico. Estos conceptos serán definidos, siguiendo a Alchourrón y Bulygin,<sup>60</sup> considerando al sistema como la sucesión infinita de órdenes jurídicos, los cuales se diferencian entre sí por el conjunto de normas que los conforman. El cambio de un orden a otro se establece en el momento en que existe un cambio de una sola norma jurídica general,<sup>61</sup> ya sea por creación o derogación.

Sería así posible considerar como diacrónica la aplicabilidad de las normas que integran al sistema jurídico, ya que se localizan e identifican no sólo por su operatividad a través del tiempo, sino incluso por la posibilidad (excepcional y expresamente prevista) de la aplicación de una norma derogada. De modo que para resolver ciertos casos, es posible que en el momento de la toma de decisión se proceda a buscar la norma aplicable en el pasado, regresando hasta el momento de los hechos. O bien, que se resuelva conforme a disposiciones que ni siquiera existían

<sup>59</sup> Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., nota 7, pp. 52, 55 y ss.; *Teoría pura del derecho*, cit., nota 7, pp. 67-70.

<sup>60</sup> Alchourrón y Bulygin, *Sobre la existencia de las normas...*, cit., nota 51, pp. 61-63.

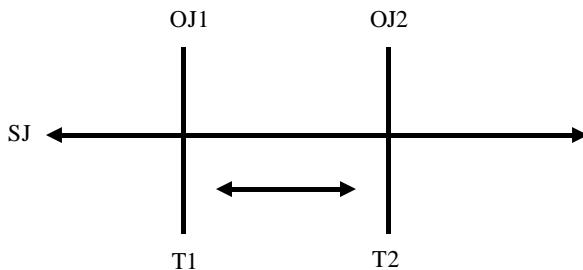
<sup>61</sup> Se trata de un cambio tanto en el sentido formal como en el material, por lo que la jurisprudencia que modifica el significado de una norma también produce un cambio de orden jurídico cuando en el sistema jurídico se le reconoce la eficacia de norma general.

en el momento de los hechos, pero que son vigentes al tomarse la decisión, cuando por ser más favorables, así lo ordene alguna norma. Estos fenómenos son conocidos como ultraactividad y retroactividad respectivamente. El sistema comprende, por lo tanto, no solamente las normas vigentes, sino también las que han sido derogadas. Así, todas las normas creadas que alguna vez entraron en vigor, sean válidas o no, estén vigentes o hayan sido derogadas, pertenecen al sistema. De tal forma que es posible afirmar que el criterio definitorio del sistema jurídico es el de pertenencia. Una norma que se inserta en un sistema jurídico al entrar en vigor comienza a existir porque puede producir consecuencias jurídicas, desde ese momento pertenece al sistema y este hecho ya no puede ser modificado.<sup>62</sup> De tal manera que el criterio identificador de las normas de un sistema es el de pertenencia, la cual en principio no se ve afectada por la vigencia de sus normas.

Por ello es que se debe distinguir entre pertenencia y vigencia. La aplicabilidad más que una cualidad de la norma es efecto de su validez y se puede producir también como consecuencia de la ultraactividad o retroactividad de las normas. Al sistema jurídico pertenecen, además de las normas que han sido emitidas conforme a lo prescrito por el propio sistema, sus consecuencias lógicas, entendidas en el sentido mencionado anteriormente. La aplicabilidad de las normas depende de la determinación temporal del caso y del orden jurídico vigente ( $OJ_1$ ) tanto en el momento de los hechos ( $T_1$ ) como el de la emisión de la resolución por parte de la autoridad competente ( $T_2$ ), el cual puede referirse a un conjunto distinto de normas ( $OJ_2$ ). Esto se debe principalmente al carácter estático del orden jurídico y al hecho de que no siempre se aplican normas vigentes ( $T_2$ ) ni necesariamente normas válidas del orden jurídico en vigor en el momento de la toma de la decisión ( $OJ_2$ ).

<sup>62</sup> Probablemente sería posible en los casos en que la nulidad *ipso iure* se encuentre prevista en un sistema jurídico con efectos *ex tunc*.

## SISTEMA JURÍDICO



El problema de la validez puede ser consecuencia de defectos formales o materiales de las normas, mismas que pueden ser eliminadas de un orden jurídico determinado, mas no eliminadas del sistema, puesto que ya han formado parte de él. Esto se debe a que la derogación de una norma no afecta su pertenencia al sistema, pero sí su aplicabilidad, ya que al privarla de su vigencia deja de formar parte de los órdenes jurídicos sucesivos a partir de su derogación, produciendo además un cambio de orden por tratarse de una norma jurídica general. Esto es así, salvo cuando en un artículo transitorio se prevé una excepción mediante una regla especial que posibilita la operatividad temporal de una norma para casos específicamente determinados. Ante dichas circunstancias, la norma derogada debe reputarse como válida y vigente por disposición de ley.

De tal forma que el concepto de sistema se refiere al continente de todas las normas que están o han estado vigentes, y los órdenes jurídicos diferenciados temporalmente son el contenido que se encuentra organizado jurídicamente y determinado temporalmente. En principio, la mayoría de las normas se mantienen vigentes en el tránsito de un orden a otro, mientras que algunas desaparecen o reaparecen en tiempos distintos. Esta facultad de las normas no derogadas para pasar de un orden a otro, “supervivencia”, como lo denominan Alchourrón y Bulygin,<sup>63</sup>

<sup>63</sup> Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología...*, cit., nota 2, pp. 81 y ss., y Bulygin, seminario sobre “Los problemas lógicos de los sistemas normativos”, impartido en México por el ITAM en agosto de 1991, inédito.

hace que el nuevo orden herede gran parte de sus normas, permitiendo a la vez una continuidad de lo regulado.

La noción de sistema se funda en una concepción lineal de tipo horizontal que para la solución de casos permite ir hacia adelante y atrás en el tiempo puesto que las normas jurídicas tienen una operatividad no solamente *pro futuro*, sino que también pueden ir hacia el pasado, dependiendo, claro está, de las reglas del sistema jurídico en cuestión. Su principio rector es la dinámica, no solamente en sentido procedimental en virtud del cual el sistema se modifica de conformidad con los procedimientos que él mismo prevé, sino también temporal, ya que sus normas pueden operar diferenciadamente en el tiempo. De modo que si las normas no son eliminadas, sino que se acumulan en el sistema, la única forma de conocer el grupo de normas aplicables a un caso determinado es adicionando a esta construcción el concepto de orden jurídico que permite identificar las normas vigentes en un momento temporal específico.

Entonces, el orden jurídico puede ser concebido como un árbol o cadena de normas que inicia con la norma suprema a la cual se subordinan las demás disposiciones secundarias de conformidad con los criterios de jerarquía y competencia establecidos, por ejemplo. Cada nuevo orden tiene una composición ligeramente distinta, pero comparte con los anteriores la misma norma básica y las normas que no han sido derogadas, ya que se trasladan automáticamente al siguiente orden jurídico en virtud del mencionado principio de supervivencia. En consecuencia, desde la perspectiva dinámica, el contenido del sistema jurídico solamente coincide con el del orden jurídico en un primer momento, es decir, en el de su creación, al entrar en vigor la norma fundamental. Al darse el primer cambio la coincidencia termina e inicia la sucesión de órdenes jurídicos que integran un sistema jurídico determinado.

El sistema, por lo tanto, inicia con una Constitución, poniendo fin a la existencia de un sistema jurídico previo que queda destruido por la sustitución de su primera norma. De tal suerte que se puede afirmar que el inicio de un sistema jurídico puede ser identificado, pero no su fin antes de que ocurra, ya que normalmente éste no es determinado por una norma del propio sistema. Esto se debe a la vigencia atemporal de la primera norma, sobre todo en virtud de que prescribe su inviolabilidad como mecanismo de defensa de la normatividad de la Constitución.

Su vigencia depende de su legitimidad y eficacia, es decir, de su capacidad para mantener el orden y la convivencia pacífica, así como para dar respuesta a las controversias jurídicas. El fin de un sistema se puede fijar mediante la identificación de una nueva norma fundante que produzca un cambio de sistema que pueda ser calificado como genéricamente eficaz y legítimo.

## 2. *El orden jurídico*

El concepto de orden jurídico sirve para explicar la transformación material dentro del propio sistema ya que refleja la modificación de sus normas, y para identificar el conjunto de normas aplicables en un momento temporal definido debe utilizarse el criterio de vigencia. El hecho de ser sincrónico implica que un conjunto de normas dado tiene aplicación simultánea en un momento determinado, por lo que existe una coincidencia entre ciertos enunciados normativos. Se puede concebir de manera vertical y opera como un refuerzo de la seguridad jurídica al posibilitar la identificación de las normas vigentes en una fecha específica. Cada vez que se produzca en el sistema jurídico el cambio de una norma jurídica general se integra un nuevo orden, ya que el conjunto de normas vigentes ha variado. Esto contribuye a la identificación de las normas conforme a las cuales un hecho debe ser calificado jurídicamente.

Así, el orden jurídico podría ser definido como el conjunto de normas aplicables en un momento determinado a uno o varios casos específicos. Para la aplicación e interpretación de las normas también se deben tomar en consideración los criterios y las formas relacionales establecidas para el sistema, pero solamente entre las normas de un orden jurídico específico. Excepcionalmente podrán ser aplicadas normas derogadas que por disposiciones transitorias hayan ampliado su ámbito temporal de aplicación. Las relaciones entre las normas de un orden jurídico pueden estar determinadas por criterios ordenadores, como son los de jerarquía y distribución de materias, pero a diferencia del sistema jurídico, se configura como un modelo estático, ya que al cambiar una sola norma general estaríamos hablando ya de otro orden jurídico.<sup>64</sup> El criterio de iden-

<sup>64</sup> El grado del cambio no es relevante, sino sólo que formalmente se pueda identificar una modificación en el conjunto de normas, ya sea por la introducción o elimina-

tificación de las normas puede ser el de vigencia, a diferencia del caso del sistema jurídico que por ser dinámico identifica sus normas por el criterio de pertenencia. Pero la dinámica del sistema no implica un cambio total o su sustitución, ya que cada orden comparte la mayoría de las normas con los órdenes anteriores, y todos los órdenes comparten la primera norma constitutiva del sistema.

En síntesis, la distinción entre sistema y orden jurídicos resulta de la naturaleza dinámica del derecho, por lo que el sistema comprende la totalidad de las normas que se correlacionan en virtud de la unidad que conforman de acuerdo con una determinada estructura “deductiva” a partir de un principio específico (la Constitución), y de conformidad con los criterios que lo ordenan. El sistema se integra por una secuencia de conjuntos de normas vigentes en distintos momentos definidos temporalmente por los cambios en el conjunto de normas jurídicas generales; y el orden jurídico se define como cada uno de esos conjuntos de normas vigentes en momentos específicos distintos.

De manera que corresponde a la primera norma del sistema jurídico prever en términos generales la forma en que las normas pueden ser introducidas o eliminadas del sistema por la autoridad competente. El criterio relacional entre los órdenes jurídicos está determinado por el hecho de que las reglas de creación normativa de un orden jurídico son establecidas por el orden anterior, de modo que se puede identificar una cadena de validez de las normas a través de las reglas de creación del sistema jurídico. Pero si bien algunas normas son compartidas por los órdenes jurídicos, al realizarse un cambio en ellas, la nueva regla pertenece al nuevo orden, no al orden conforme al que fue creada. Por otra parte, las normas que son derogadas ya no pueden formar parte del nuevo orden, aunque sigan perteneciendo al sistema. Pero de la misma forma en que las consecuencias lógicas de las normas válidas pertenecen al orden jurídico, así como al sistema, al efectuarse la derogación de una norma, sus consecuencias lógicas ya no pueden pasar a formar parte del

ción de una norma jurídica general. El cambio en la formulación de la norma solamente es considerado en este sentido, cuando integra una nueva norma u otras normas pueden ser derivadas del nuevo enunciado normativo. Materialmente es relevante que las consecuencias jurídicas o los elementos del supuesto que las producen hayan sido modificados; el cambio de carácter de la norma definitivamente es de gran relevancia para la determinación del cambio a un nuevo orden jurídico.

siguiente orden jurídico. El criterio de vigencia sirve entonces para saber qué normas pertenecen al orden jurídico, las cuales en principio son válidas y aplicables.

En síntesis, todo cambio en un orden jurídico, ya sea por la creación o derogación de una norma, se traduce en una modificación del sistema y en una sustitución del orden jurídico vigente por el subsecuente. Esto significa que los órdenes jurídicos no son modificables, sino solamente sustituibles por el siguiente orden que forma parte de la sucesión de órdenes que conforma al sistema jurídico, el cual resulta modificado cuando se verifica cualquier acto de creación o de derogación. En consecuencia, la dinámica es el factor determinante para distinguir entre el sistema y el orden jurídicos, por lo que las reglas de competencia, los procedimientos de creación normativa, la creación de órganos constituidos, así como los mecanismos de control y reforma de la Constitución resultan determinantes.

La propuesta de distinguir conceptualmente entre sistema y orden jurídicos no solamente permite conocer la dinámica del sistema con precisión, sino también vincular las normas a los principios de completitud y coherencia.<sup>65</sup> Así por ejemplo, el de completitud sirve para superar el problema de las lagunas en el derecho al posibilitar integrar el orden jurídico aplicable mediante la interpretación recurriendo a otros preceptos del mismo, facilitando la posibilidad de encontrar una solución para cada caso. En cuanto a la consistencia del sistema y a la independencia de sus normas, la distinción entre sistema y orden jurídicos permite la identificación de los conflictos normativos auténticos, ya que éstos solamente se pueden producir entre normas vigentes que comparten el mismo ámbito de aplicación, esto es, dentro de un mismo orden jurídico. En el capítulo cuarto se realizará un análisis más preciso de los mencionados principios en relación con la unidad del sistema jurídico.

<sup>65</sup> Esto es posible si se considera a la completitud y a la coherencia como ideas normativas, así toman el carácter de principios metanormativos que rigen a las normas, von Wright las considera como “*higher order norms*”; “Deontic Logic: A Personal View”, *Ratio Iuris*, Oxford, vol. 12, núm. 1, marzo de 1999, p. 33.

#### IV. SOBRE LA APLICABILIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS

A partir de la distinción hecha entre sistema y orden jurídicos es posible determinar el potencial de aplicación de una norma jurídica, lo cual depende de diversos factores como es su existencia jurídica, obligatoriedad, aceptación, etcétera. Además, la relevancia de intentar distinguir entre los conceptos de validez y vigencia, pertenencia y existencia respecto del sistema jurídico o de las normas en sí, radica en la posibilidad de conocer la manera en que las normas se integran y forman parte de un sistema jurídico, así como los modos en que se eliminan de él.

El concepto de validez es fundamental no solamente en relación con la aplicabilidad de las normas, sino también para el análisis de los conflictos normativos, tanto como criterio para la valoración o resolución de un tipo de conflictos, como referente para la lógica deóntica en sustitución del criterio de verdad.<sup>66</sup> El análisis de la validez será realizado en dos planos diferentes: en el presente capítulo referido principalmente a las normas jurídicas en su relación con los conceptos vigencia y pertenencia a partir de la distinción hecha entre sistema y orden jurídicos. El segundo plano, en cambio, se estudiará en el capítulo cuarto con relación a las normas jurídicas individualmente consideradas a efectos de determinar la existencia de un conflicto normativo, y en algunos casos incluso como consecuencia jurídica de un conflicto normativo específico, como en los casos en que se declara la invalidez de una de las normas en conflicto.

A pesar de que en torno al término validez se han producido una larga serie de estudios,<sup>67</sup> en virtud de su multivocidad numerosas interrogantes permanecen abiertas, por lo que resulta necesario intentar aclararlo. El problema radica principalmente en la ambigüedad del término, por lo que conviene distinguirlo primero de los conceptos de eficacia y vigencia que repercuten en la aplicabilidad de las normas, y después de los de existencia y pertenencia que se refieren a su obligatoriedad ge-

<sup>66</sup> El análisis sobre de la adecuación de los valores de verdad y el concepto de validez con relación a las normas jurídicas es tratado en el capítulo tercero.

<sup>67</sup> Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 132 y ss.; *La validez del derecho y otros ensayos*, Buenos Aires, Astrea, 1985; Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, 3a. ed., México, Fontamara, 1997, pp. 8-29; Díez-Picazo, *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 165-169.

nérica dentro de un sistema jurídico individualizado. Una de las dificultades primordiales de su definición radica en la interconexión de estos conceptos.

La relación entre validez y eficacia se podría denominar como “condicionante” aunque no dependiente, ya que al afirmar la validez o positividad de una norma (su adecuación formal y material a las prescripciones de un sistema jurídico) se establece, desde la perspectiva interna, su obligatoriedad, lo cual significa predecir que será aplicada por los tribunales, lo que para Hart desde la perspectiva externa denotaría su eficacia.<sup>68</sup> A su vez, la falta de eficacia puede generar la expectativa de la eliminación de una norma, así su validez podría ser cuestionada y su vigencia terminada por un acto normativo expreso. Pero la falta de eficacia de una norma (*desuetudo*) no implica la pérdida automática de su validez.

La relevancia del análisis del sistema y de las cualidades de las normas que se pretenden diferenciar radica en que, como bien señala Caraciolo,<sup>69</sup> la pregunta sobre el criterio de identidad de los “subconjuntos” de normas que integran el sistema jurídico debe responderse previamente si se quiere superar las dificultades en la identificación de los conflictos normativos, ya que incluso la pregunta sobre la consistencia del sistema depende de la identificación del mismo.

### 1. Vigencia y eficacia

Los términos de vigencia y eficacia se encuentran relacionados con la obligatoriedad de las normas; la vigencia, por tratarse de un requisito formal de la producción de la norma, tiene efectos respecto de la existencia (en términos jurídicos) de la norma. La eficacia como fenómeno sociológico es un indicador tanto de la aceptación de la norma como de su aplicación. Como criterio de valoración extranormativo, la eficacia sirve para mostrar que una norma es obedecida o, bien, ejecutada por la vía coactiva; pero no permite saber nada sobre su calidad jurídica. Así, la eficacia puede ser predicada de una norma que no es vigente o incluso de normas que perteneciendo al sistema jurídico carecen de validez.

<sup>68</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., nota 6, pp. 110-112.

<sup>69</sup> *La noción de sistema en la teoría del derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 1999, p. 19.

Pero la eficacia entendida como aplicabilidad es, en cambio, un hecho normativo que depende de la obligatoriedad de la norma.

El concepto de eficacia<sup>70</sup> ha sido utilizado en el derecho de manera reiterada aunque frecuentemente en sentidos diversos. Así, puede hablarse de la obligatoriedad de las normas, de su aceptación, de la capacidad del Estado para ejecutar las sanciones e incluso de la operatividad de las normas ya sea que requieran o no de desarrollo posterior (indirecta o directa respectivamente), y hasta de su capacidad derogatoria. Cada uno de estos sentidos implica un elemento valorativo diferente que puede también proceder de distintas disciplinas o realidades.

En cuanto al sistema jurídico, se puede decir que existen ciertas condiciones necesarias de su eficacia, como por ejemplo que la validez de sus normas pueda ser comprobada conforme a un criterio específico del sistema, que sean generalmente obedecidas, o que las reglas secundarias, entendidas en términos de Hart, sean efectivamente aceptadas por los funcionarios. Por otra parte, también la validez del sistema está referida a criterios extralegales, como son la legitimidad de la norma suprema o la validez de su procedimiento de creación, los cuales pueden a su vez estar referidos en última instancia a una eficacia genérica del propio sistema jurídico. De modo que la validez y la eficacia se encuentran relacionadas, la validez puede ser concebida además de como reglas sobre la normatividad de los enunciados creados, con relación al sistema jurídico, como fuente de legitimación que implica su obligatoriedad y existencia.

La vigencia en cambio es un criterio jurídico que delimita el ámbito de exigibilidad temporal de una norma. Sirve también para establecer *a priori* una presunción sobre la existencia y pertenencia de una norma a un orden jurídico, aun cuando la pérdida de la vigencia de la norma no afecta su pertenencia al sistema. De modo que es posible afirmar que la disposición que no ha entrado en vigor no puede ser considerada parte del sistema jurídico,<sup>71</sup> así como que las normas cuya vigencia es suspendida o terminada no dejan de pertenecer al sistema aun cuando ya no sean obligatorias. Pero si bien es cierto que la vigencia está correlacionada con la posibilidad de aplicación de una norma, no determina su eficiencia.

<sup>70</sup> Sobre el significado de la eficacia y su relación con la observancia y aplicación véase Bonifaz, Leticia, *El problema de la eficacia en el derecho*, México, Porrúa, 1993.

<sup>71</sup> Podrán considerarse ciertas excepciones como se verá en el siguiente apartado.

cacia, ya que la mera existencia de la norma no puede garantizar su aplicación.

La validez referida a las normas es también un criterio jurídico que implica la posibilidad legítima de exigir el cumplimiento de un derecho o una obligación, así como la legal aplicación de un precepto, constituyendo así una garantía de legalidad además de una propiedad de las normas.<sup>72</sup> Para que una norma pueda ser considerada formal y materialmente válida debe ser conforme a la norma superior y a la Constitución, lo que en consecuencia la hace aplicable. Cabe mencionar que la validez de las normas jurídicas se presume,<sup>73</sup> ya que la nulidad *ipso iure* no parece ser congruente con un sistema regido por el principio de seguridad jurídica. La validez de las normas deber ser considerada como un requisito a verificar durante el proceso de solución de los casos puesto que al constatar su legalidad se posibilita la aplicación de las normas, con lo que se afirma el Estado de derecho.

## 2. Existencia y pertenencia

Los conceptos de pertenencia y existencia se encuentran referidos en primera instancia a los modos en que las normas se integran o se eliminan del sistema jurídico, más que a la aplicación de las normas. Como se mencionaba previamente, la existencia de la norma (en sentido estricto) depende normalmente de su entrada en vigor, lo cual en virtud de su obligatoriedad permite calificarla como perteneciente al sistema jurídico.<sup>74</sup> Pero cuando una norma al ser derogada pierde su vigencia, no desaparece totalmente, sigue perteneciendo al sistema jurídico pero ya no formará parte del orden jurídico vigente. La existencia también puede ser entendida en un sentido más amplio como la posibilidad de realizar actos jurídicos, como los de modificación, de control, de consulta públ-

<sup>72</sup> Para Stephen Munzer la validez como concepto normativo refleja parámetros normativos de valoración que tienen consecuencias jurídicas, como es la fuerza obligatoria de las normas; “Validity and Legal Conflicts”, *Yale Law Journal*, vol. 82, 1973, p. 1150.

<sup>73</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., nota 14, pp. 189 y ss.

<sup>74</sup> Según von Wright, la existencia de las normas depende de su expedición, pero su validez depende de otras circunstancias; “Bedingungsnormen, ein Prüfstein für die Normenlogik”, en Krawietz, W. et al. (eds.), *Theorie der Normen, Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Berlín, Duncker und Humblot, 1984, p. 452.

ca o referéndum por ejemplo, respecto de actos normativos antes de que entren en vigor, aun cuando no puedan producir efectos jurídicos. Entendida como un concepto normativo, la existencia permite explicar la realización de actos jurídicos respecto de normas que aún no han entrado en vigor.

La previsión de una estructura jerárquica y la regulación de los procesos de creación normativa<sup>75</sup> sirven para identificar *prima facie* las normas que pertenecen a un determinado sistema jurídico, de tal modo que las fuentes del derecho sirven como criterio de individualización del sistema jurídico, así como para comprobar la pertenencia y validez de las normas jurídicas.<sup>76</sup> Esto indica el procedimiento para la posterior verificación del cumplimiento de los requisitos de elaboración de la norma previstos en el orden jurídico vigente, esto es, los requisitos de validez formal y material. En otras palabras, la norma debe emanar de la autoridad competente, que debe estar plenamente facultada para elaborarla, cumplir con los procedimientos establecidos y con los contenidos constitucionales. Así resulta que la validez entendida como presupuesto formal condiciona la pertenencia de la norma al orden jurídico, ya que si no se cumplen los requisitos mínimos, la norma no se integra al sistema jurídico. Sin embargo, las normas viciadas proceduralmente o materialmente pertenecen al orden jurídico mientras su validez no sea cuestionada y su invalidez declarada formalmente. Por lo tanto, la pertenencia de la norma al orden jurídico está condicionada además por el hecho de no haber sido eliminada del mismo, es decir, derogada o declarada inválida. No es así en relación con su pertenencia al sistema jurídico al cual no dejará de pertenecer a pesar de su eliminación, siempre y cuando haya estado vigente. De modo que la vigencia es condición necesaria de la existencia (*s.s.*) y, por lo mismo, de la pertenencia de la norma al orden jurídico.

Sin embargo, los defensores de la nulidad *ipso iure* considerarían que la existencia de una norma y su pertenencia al sistema son extensionalmente equivalentes, sobre todo cuando existe la posibilidad de anular una norma, principalmente en relación con la nulidad *ipso iure* con efec-

<sup>75</sup> Kelsen, *Reine Rechtslehre*, *cit.*, nota 7, pp. 228 y ss.

<sup>76</sup> Como bien señala Nino, las preguntas sobre la pertenencia de las normas e individualización del sistema jurídico están estrechamente relacionadas; *Introducción al análisis del derecho*, *cit.*, nota 67, p. 113.

tos *ex tunc*.<sup>77</sup> También vale la pena considerar el caso de los sistemas jurídicos que prevén mecanismos abstractos de control de la constitucionalidad de las normas que operan antes de su entrada en vigor, puesto que se realizan actos con efectos jurídicos respecto de los proyectos normativos. Así entendida, resulta que la existencia de las normas (*l.s.*) sería conceptualmente más amplia que su pertenencia, la cual sí depende de su vigencia. Pero aun cuando la existencia (*s.s.*) depende de la entrada en vigor de una norma, se podría pensar en el caso de que un artículo transitorio sujetase la entrada en vigor de una norma a plazo o condición, la derogación o modificación de ésta durante dicho periodo denotaría su existencia.<sup>78</sup>

La existencia, por otra parte, puede estar referida no sólo a las normas, sino también al sistema jurídico mismo, la cual depende principalmente de dos elementos extrajurídicos como son su legitimidad y eficacia, es decir, del hecho que sus normas sean generalmente aceptadas y observadas por los órganos que aplican las normas y los sujetos a quienes son aplicadas, así como por la posibilidad de accionar el monopolio de la fuerza estatal. De modo que el sistema jurídico es calificado como existente y válido en virtud de su eficacia y legitimidad.

En la ciencia jurídica han sido discutidos ampliamente otros criterios para determinar la pertenencia de las normas a un sistema, como son por ejemplo: el de territorio, el cual no resuelve el problema en virtud de su carácter de concepto jurídico definido por las normas del propio sistema y por el hecho de que se pueden realizar subdivisiones competenciales por territorio. En última instancia, este criterio se refiere solamente al ámbito espacial de validez de las normas. Austin,<sup>79</sup> a su vez, proponía el del legislador soberano, cuyos principales problemas radican en los casos de soberanos no individualizados, en los cambios de soberano y su

77 Esto se debe a que en el caso de la nulidad *ipso iure* solamente se constata una realidad, que la norma es nula, de modo que la inconstitucionalidad y la nulidad serían equivalentes. Pero si además se declara la nulidad con efectos *ex tunc*, la declaración tiene fuerza retroactiva destruyendo sus efectos, por lo que se podría pensar que al no quedar rastro de la norma en el sistema jurídico, su existencia y pertenencia desaparecen al mismo tiempo.

78 Cuestionar la existencia de una norma no es tanto un problema ontológico como una cuestión sobre su capacidad para producir efectos jurídicos.

79 Austin, John, *The Province of Jurisprudence determined, Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, 5a. ed., Londres, John Murray, 1911, t. 1, lecture VI, pp. 219 y ss.

legitimidad, así como en el hecho de que el legislador delegado puede emitir normas que no sean válidas. Una forma de defender, mas no de salvar esta propuesta, sería mediante la institucionalización del soberano, entendido como los órganos creadores de normas que ejercen actos de soberanía, aunque como criterio de pertenencia sigue siendo insuficiente.

Raz considera que la presencia de instituciones de creación o de aplicación de las normas convierte a un conjunto de normas en un sistema normativo. En consecuencia propone un criterio fundado en el reconocimiento de órganos primarios, aquellos establecidos por normas y cuya función es la creación y aplicación de normas.<sup>80</sup> Para él existen tres tipos de órganos: los que crean normas, los que las aplican y determinan la sanción, y los que exigen su cumplimiento mediante la coacción.<sup>81</sup> Una de las principales deficiencias de su planteamiento radica en el hecho de que son las normas que crean dichos órganos y las que les atribuyen la competencia, las que permiten su identificación, de tal forma que el criterio de pertenencia estaría determinado por normas que se constituyen como fundamento de validez de los actos de los órganos primarios. En el fondo, lo que Raz hace con este criterio es recurrir al concepto de eficacia al tratar de identificar el sistema jurídico a través de la aplicación de sus normas por determinados órganos.

Otra posibilidad es identificar el sistema mediante la norma fundamental de Kelsen (como presupuesto teórico) que simultáneamente sirva para distinguir entre diversos sistemas jurídicos, o bien a la regla de reconocimiento de Hart (como práctica social). Utilizando la distinción entre el punto de vista interno y el externo, el primero consistiría en hacer uso de la regla de reconocimiento para determinar la obligatoriedad de las normas y en consecuencia su pertenencia al sistema, el enunciado emitido como resultado de la valoración tendría efectos vinculantes. En cambio, en el caso del punto de vista externo, propio del observador, solamente se describe que en un determinado ámbito rige una regla de reconocimiento. A la propuesta de Hart se pueden realizar diversas objeciones, como por ejemplo, que en los sistemas jurídicos normalmente existen varias reglas de reconocimiento, y que a pesar del esfuerzo de

80 Raz, *Razón práctica y normas*, cit., nota 15, pp. 142 y ss.

81 Raz, *The Concept of a Legal System....*, cit., nota 54, pp. 191-196.

Hart<sup>82</sup> como de otros autores, la diferencia entre la regla de reconocimiento, como un hecho o producto social, y la norma fundamental, como presupuesto teórico, no es mucha, ya que en última instancia se debe aceptar sin cuestionar la validez de la primera norma. Para Raz,<sup>83</sup> sin embargo, no es indispensable presuponer una primera norma no positiva para la identificación de las normas que pertenecen al sistema, por lo que se puede recurrir a la norma positiva suprema de un ordenamiento. Según él, basta con que los órganos primarios admitan la obligatoriedad de las normas y las apliquen.

La concepción de Hart<sup>84</sup> sobre la existencia de una regla secundaria de reconocimiento para identificar las reglas primarias de conducta que se vinculan a criterios de obligatoriedad sirve para que tanto la autoridad como los particulares puedan individualizar al sistema jurídico. Uno de los problemas resultantes consiste en que la regla de reconocimiento generalmente no se formula como tal, sino que se infiere del contenido de una norma fundante o de una práctica social. Así por ejemplo, si la regla de reconocimiento es el poder constituyente, las normas que éste emite son derecho. Otro problema radica en la necesidad de aceptar que existe una pluralidad de fuentes, luego entonces, existen otras reglas de reconocimiento, y así resulta que la regla de reconocimiento además de compleja no es evidente. Por lo mismo, la regla de reconocimiento no es eficiente para identificar un sistema, al menos no tanto como la primera norma positiva. Para superar este problema, Alchourrón y Bulygin<sup>85</sup> sugieren que a cada sistema normativo corresponde solamente un criterio de identificación de las normas que contiene dos tipos de reglas, las de introducción, que indican cuando una norma pertenece al sistema, y las de eliminación, que establecen cuando una norma deja de pertenecer al orden jurídico. Finalmente, la regla de reconocimiento es también ella misma una regla de creación, de tal suerte que debemos identificar la regla que establece los procesos de creación primarios y a partir de ella es posible no solamente individualizar el sistema, sino también determinar la pertenencia de las normas.

82 Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., nota 6, pp. 125 y ss.

83 Raz, *The Concept of a Legal System...*, cit., nota 54, p. 140.

84 Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., nota 6, pp. 99 y ss.

85 Véase Alchourrón y Bulygin, *Sobre la existencia de las normas...*, cit., nota 51, pp. 62 y 63.

La similitud entre las posturas de Kelsen y de Hart,<sup>86</sup> y su necesaria relación con una idea de soberano, así como con un territorio en el cual se pueda aplicar válidamente un sistema jurídico, permite reflexionar en el sentido de que la respuesta a la dificultad para determinar la pertenencia de las normas a un sistema jurídico radica en la conjunción de varias de estas posturas, ya que ninguno de estos criterios es suficiente por sí mismo.

En cuanto a las normas se podría decir, retomando lo dicho, que una norma pertenece al sistema cuando es creada conforme a las reglas del orden jurídico vigente, independientemente de que su validez sea cuestionada posteriormente. Sin embargo, la pertenencia de la norma sí está relacionada con su vigencia, ya que la norma que no ha entrado en vigor no puede ser considerada como tal ni puede ser aplicada, por lo que tampoco puede ser invocada como fuente de derecho. Por otra parte, siendo vigente la norma existe, mas no necesariamente es válida, en ambos casos puede ser aplicada. No obstante, en caso de que su obligatoriedad sea cuestionada puede ser declarada inaplicable o nula; en consecuencia su obligatoriedad puede ser modificada.

La pertenencia significa entonces que los órganos aplicadores admitan como válidos los actos creadores de las normas y presuman que se ha cumplido con las reglas del sistema, por lo que resultan obligatorias. Pero las normas que pertenecen al sistema pueden ser válidas o no serlo; si su validez después de haber sido cuestionada es confirmada por la autoridad competente es definitiva y por lo tanto su obligatoriedad es plena. Si en cambio la norma es declarada inválida por el órgano competente, deja de ser aplicable y de formar parte del orden jurídico, pero permanece en el sistema jurídico.<sup>87</sup> Así, es posible afirmar que la validez no condicionaría la pertenencia de la norma al sistema jurídico, sino su aplicación, ya que todas las normas que pertenecen al sistema se reputan válidas, de ahí deriva su obligatoriedad para los órganos de aplicación siempre y cuando sean disposiciones vigentes.

En última instancia, el criterio de pertenencia es relevante en la medida en que sirve para determinar las normas que se integran al sistema

<sup>86</sup> Respecto de estas tesis de Kelsen y Hart se abundará en el capítulo cuarto en relación con la unidad del sistema jurídico.

<sup>87</sup> La sustitución del orden jurídico vigente por uno nuevo depende de los efectos jurídicos de la declaración de invalidez, ya que solamente cuando éstos son generales se produce un cambio de orden jurídico.

y su operatividad, ya que solamente las normas que pertenecen al sistema se relacionan e interactúan para resolver los casos que se presentan. Así, la primera norma positiva que tenga carácter de norma fundamental y que regule los procesos de creación normativa se constituye a sí misma en criterio de pertenencia. Por ello, la Constitución es el parámetro de referencia obligado, y es un criterio fundamental de identificación del sistema, ya que su sustitución implica un cambio de sistema jurídico al cambiar las normas que integran la base reconocida por los órganos primarios. Sobre todo resulta relevante su capacidad para prever los procesos de creación normativa, la estructura y relación de las normas, en suma, para regular la dinámica del sistema.

De tal forma que en todo sistema jurídico debe existir un criterio supremo de identificación de las normas como elementos del mismo. Este criterio, como se ha mencionado previamente, es la Constitución, que además prevé los criterios de organización del orden jurídico como son los de jerarquía y distribución de competencias. Estos criterios permiten determinar la “fuerza” y “eficacia” derogatorias de las normas, las cuales se encuentran limitadas por su relación con la norma suprema y son controlables jurisdiccionalmente. Son reglas de validez que no sirven para identificar un sistema, sino para determinar la obligatoriedad de las normas.