

JORDI FERRER BELTRÁN
JORGE LUIS RODRÍGUEZ

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

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

ÍNDICE

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

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

INTRODUCCIÓN

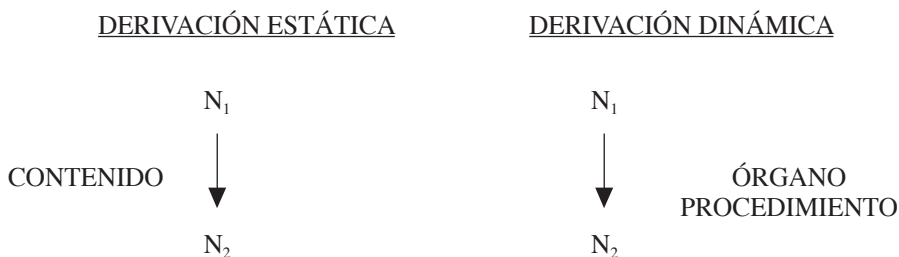
DOS PROBLEMAS EN LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

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

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

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

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



¹ KELSEN, 1960: 203.

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

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

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

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

² KELSEN, 1960: 203.

³ KELSEN, 1960: 204.

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

⁵ OPALEK, 1991: 20.

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

El principio estático y el dinámico se unifican en uno y el mismo sistema normativo cuando la norma fundante presupuesta, conforme al principio dinámico, se reduce a facultar a una autoridad normadora, y cuando esta autoridad, o una autoridad establecida por la primera, no sólo implanta normas mediante las cuales se delega esa facultad en otras autoridades normadoras, sino también dicta normas en que se ordena determinada conducta por parte de los sujetos sometidos a la norma, a partir de las cuales —como lo particular de lo universal— pueden deducirse más normas mediante una operación lógica⁶.

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

No obstante, KELSEN también emplea la dicotomía estático-dinámico en otro sentido, más débil que el anterior. A su juicio, todo ordenamiento jurídico es dinámico, dado que su norma fundamental tendría siempre ese carácter, pero afirma que pese a ello puede ser considerado *desde un punto de vista estático y desde un punto de vista dinámico*. El sistema jurídico sería considerado desde un punto de vista estático cuando se centra la atención en el contenido conceptual de sus expresiones normativas, en tanto que sería considerado desde un punto de vista dinámico cuando se hace referencia a las autoridades y a los procedimientos seguidos para la producción de normas⁷.

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

⁶ KELSEN, 1960: 205.

⁷ Cfr. KELSEN, 1960: 205.

Dado que las normas jurídicas, en cuanto prescripciones —es decir, en cuanto mandamientos, permisiones, facultamientos—, no pueden ser ni verdaderas ni no verdaderas, aparece la cuestión de cómo pudieran aplicarse los principios lógicos, en especial el principio de no contradicción y las reglas de inferencia, a las relaciones entre normas jurídicas [...] si, conforme con la opinión tradicional, esos principios sólo se aplican a las expresiones que pueden ser verdaderas o no verdaderas. La respuesta a este interrogante es la siguiente: los principios lógicos, si bien no directamente por lo menos indirectamente, pueden ser aplicados a las normas jurídicas en tanto y en cuanto esos principios sean aplicables a los enunciados jurídicos que describen esas normas jurídicas⁸.

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

No puede hablarse de implicación de la norma individual en la norma general, o sea, de implicación del acto de voluntad cuyo sentido es la norma individual en el acto de voluntad cuyo sentido es la norma general. Por lo cual no puede darse un silogismo normativo cuya premisa mayor sea una norma general válida y su conclusión una norma individual también válida⁹.

[...] los dos principios lógicos más importantes —el de no contradicción y la regla de inferencia— no son aplicables a las relaciones entre normas de un derecho positivo, ni directa ni indirectamente¹⁰.

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

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

⁸ KELSEN, 1960: 87-88.

⁹ KELSEN, 1965: 111.

¹⁰ KELSEN, 1965: 114.

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

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

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

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

¹¹ OPALEK, 1991: 31.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴ KELSEN, 1960: 234.

¹⁵ KELSEN, 1960: 274.