



Teorías del sistema jurídico
Óscar Vergara (Ed.)

188

Colección filosofía, derecho y sociedad

18

Teorías del sistema jurídico

Óscar Vergara (Ed.)

Editorial Comares

ÓSCAR VERGARA (ED.)

TEORÍAS DEL SISTEMA
JURÍDICO

GRANADA, 2009

18 COLECCIÓN
FILOSOFÍA, DERECHO Y SOCIEDAD
DIRECTOR: PEDRO SERNA

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

Director de publicaciones:

MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO TORRES

© Los autores

© EDITORIAL COMARES

Polígono Juncaril, parcela 208 • 18220 Albolote (Granada)
Tlfno. 958 46 53 82 • Fax 958 46 53 83

PEDIDOS:

<http://www.comares.com> • E-mail: libreriacomares@comares.com

ISBN: 978-84-9836-471-2 • Depósito Legal: Gr. 2.529-2008

Impresión y encuadernación: COMARES, S.L.

SUMARIO

ABREVIATURAS	XI
INTRODUCCIÓN	1
<i>Oscar Vergara</i>	

CAPÍTULO I

BENTHAM: SISTEMA JURÍDICO Y TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN

Luis Cruz

1. La crítica al <i>common law</i> y la inicial propuesta de un digesto de leyes	6
2. Hacia un cuerpo completo de derecho	10
2.1. El <i>pannomion</i>	10
2.2. La necesidad de una ciencia jurídica universal: la «lógica de la voluntad» ..	12
3. La estructura de la ley	16
3.1. La ley como mandato	17
3.2. La noción de soberanía y de poder soberano	20
3.3. La fuerza de la ley: la sanción	28
4. La plenitud del código y el papel de la interpretación	31
5. Una teoría del sistema jurídico	40
6. El fin del sistema jurídico	42

CAPÍTULO II

EL SISTEMA JURÍDICO EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Oscar Vergara

1. Norma y sistema jurídico	51
2. Sobre la existencia del sistema jurídico	58
2.1. Existencia y validez del derecho	58
2.2. Validez y eficacia del derecho	62
3. La identidad del sistema jurídico	66
3.1. La norma fundamental	66

3.2. Sistemas estáticos y sistemas dinámicos	70
3.3. Naturaleza de la norma fundamental	72
3.4. El problema de las antinomias	78
4. La construcción escalonada. Estructura del sistema jurídico	83
4.1. Creación y aplicación del derecho	83
4.2. Los distintos grados o niveles del sistema jurídico	85
4.3. Decisiones judiciales y tipos de sistema jurídico	92
4.4. Del sistema de normas al sistema de actos productores	98
4.5. El conflicto de normas de distinto nivel	101
5. El contenido del sistema jurídico: el derecho como luz artificial	109
5.1. Sobre derecho natural y justicia	110
5.2. Validez y obligatoriedad del derecho	114
6. La continuidad entre orden jurídico y Estado	116
7. Derecho del Estado y derecho internacional	120

CAPÍTULO III

EL SISTEMA JURÍDICO EN LA TEORÍA DEL DERECHO DE HART

Pedro Rivas

1. La existencia del sistema jurídico	132
2. La identidad del sistema jurídico	137
2.1. La necesidad de un criterio de identidad	137
2.2. La naturaleza de la regla de reconocimiento	138
2.3. La validez de la regla de reconocimiento	141
3. La estructura del sistema jurídico	143
4. El contenido del sistema jurídico	147

CAPÍTULO IV

LA TEORÍA DEL SISTEMA JURÍDICO DE JOSEPH RAZ

José Antonio Seoane

1. La existencia del sistema jurídico	154
1.1. Sobre la eficacia como criterio para la determinación de la existencia del sistema: una visión crítica	155
1.2. Una propuesta para la determinación de la existencia del sistema jurídico ..	156
1.3. Una distinción importante: sistema jurídico y sistema jurídico momentáneo ..	158
2. La identidad del sistema jurídico	159
2.1. Los criterios de identidad	161
2.1.1. El rechazo del principio de origen, y de las instituciones creadoras de normas, como criterio de identidad	161
2.1.2. El principio de reconocimiento autoritativo. Las instituciones aplicadoras (o de adjudicación) de normas como órganos primarios	168
2.2. El sistema jurídico como sistema de razones para la acción. La tesis de las fuentes sociales	177
2.3. El sistema jurídico como sistema excluyente	180

2.4. Un criterio completo y combinado de identidad (y existencia) del sistema jurídico	181
2.4.1. Eficacia	182
2.4.2. Carácter institucional	184
2.4.3. Fuentes (tesis social)	184
2.4.4. La relación entre el sistema jurídico y el sistema político. La imposibilidad de criterios jurídicos autónomos	187
3. La estructura del sistema jurídico	189
3.1. La doctrina de la individuación	191
3.2. El sistema jurídico como sistema de disposiciones jurídicas	193
3.3. El sistema jurídico como sistema de normas. La función normativa de las disposiciones jurídicas	194
3.4. Derecho y coacción	196
3.5. Disposiciones jurídicas, razones para la acción y sanciones. ¿Es la sanción un elemento esencial de la normatividad del derecho?	196
3.6. Normatividad, motivación y aceptación	199
3.7. Normatividad y punto de vista. Enunciados desde un punto de vista o el punto de vista jurídico	200
3.8. Sobre la validez jurídica	203
4. El contenido del sistema jurídico	207
5. Examen crítico	207
5.1. En torno a la existencia e identidad del sistema jurídico	207
5.2. En torno a la estructura del sistema jurídico	218
5.3. Balance y recapitulación. Sistema jurídico y concepto positivista de derecho ..	219

CAPÍTULO V

SISTEMAS JURÍDICOS Y SISTEMAS NORMATIVOS EN EL PENSAMIENTO

DE C. E. ALCHOURRÓN Y E. BULYGIN

Oscar Vergara

1. Los sistemas normativos	228
2. Los sistemas jurídicos	236
3. La existencia del sistema jurídico	238
3.1. La elaboración del sistema jurídico	240
3.2. El sistema jurídico ideal	243
4. La identidad del sistema jurídico	246
4.1. Identificación de un sistema jurídico	248
4.2. La identificación del orden jurídico	256
4.2.1. Naturaleza de la regla de identificación o de reconocimiento	256
4.2.2. Formulación de la regla de identificación de un orden jurídico	260
4.2.3. Precisiones conceptuales.—Existencia, pertenencia, aplicabilidad y obligatoriedad de las normas jurídicas	262
4.2.3.1. Existencia y pertenencia	262
4.2.3.2. Pertenencia y aplicabilidad	264
4.2.3.3. Pertenencia y obligatoriedad	268

4.2.4. Falta de integridad, contradicciones e indeterminación en los sistemas jurídicos	270
4.2.4.1. Falta de integridad del sistema jurídico	271
4.2.4.2. Contradicciones en el sistema jurídico	272
4.2.4.3. La indeterminación de los sistemas normativos	273
4.2.4.4. Lagunas normativas y lagunas axiológicas	274
5. La estructura del orden jurídico	277
5.1. Normas generales	278
5.2. ¿Crean derecho los jueces?	280
5.3. La actividad de la ciencia jurídica	287
6. El contenido del sistema jurídico	291
6.1. El tema de la justificación normativa	292
6.2. El dilema de Jørgensen	295
6.3. Sobre la interpretación jurídica	296
6.4. Los derechos humanos	298
6.5. Derecho y moral	300

EPÍLOGO

Óscar Vergara

1. Recapitulación	307
1.1. La existencia del sistema jurídico	307
1.2. La identidad del sistema jurídico	308
1.3. La estructura del sistema jurídico	311
1.4. El contenido del sistema jurídico	312
2. Algunos problemas recurrentes en la teoría del sistema jurídico	315
3. Entornos complejos, sistemas complejos	320
4. Hacia un modelo más realista de sistema jurídico	323
5. Conclusión	324

ABREVIATURAS

<i>Bowring</i>	J. BENTHAM, <i>The Works of Jeremy Bentham</i> , J. BOWRING (ed.), 11 vols., Tait, Edinburgo, 1843, reedición de Thoemmes Press, Bristol, 1995.
<i>Comment</i>	J. BENTHAM, <i>A Comment on the Commentaries</i> , en <i>A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government</i> , H. L. A. HART y J. BURNS (eds.), Athlone Press, Londres, 1977.
<i>Fragment/FG</i>	J. BENTHAM, <i>A Fragment on Government</i> , en <i>A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government</i> , H. L. A. HART y J. BURNS (eds.), cit.
<i>IPML</i>	J. BENTHAM, <i>An Introduction to the Principles of Morals and Legislation</i> , H. L. A. HART, J. BURNS y F. ROSEN (eds.), Oxford, Oxford University Press, 1996.
<i>OLG</i>	J. BENTHAM, <i>Of Laws in General</i> , H. L. A. HART (ed.), Athlone Press, Londres, 1970.
<i>UC</i>	J. BENTHAM, Manuscritos que se encuentran en el University College London (en números romanos, la caja en que se encuentran; en paréntesis, el año aproximado en que se escribió).
<i>OJ</i>	J. AUSTIN, <i>El objeto de la jurisprudencia</i> , trad. de J. R. de Páramo, Madrid, CEC, 2003 [<i>The Province of Jurisprudence Determined</i> (1832), Nueva York, Burt Franklin, 1970].
<i>AS</i>	H. Kelsen, <i>Allgemeine Staatslehre</i> (1925), Viena, Österreichische Staatsdruckerei, 1993.
<i>ATN</i>	H. Kelsen, <i>Allgemeine Theorie der Normen</i> , Kurt RINGHOFER & R. WALTER (eds.), Viena, Manz, 1979.

EPÍLOGO

ÓSCAR VERGARA

A la luz de lo expuesto en los estudios precedentes, parece indudable que la teoría del sistema jurídico, aun con todas las interesantes aportaciones, correcciones y matizaciones introducidas por los autores estudiados, dista bastante de constituir una teoría completa y coherente, consolidada. Antes bien, todavía muchos problemas quedan por resolver, como reconocen algunos estudiosos del tema. Ante ellos, Moreso y Navarro plantean la siguiente alternativa: abandonar la teoría del sistema jurídico o resolver sus puntos oscuros. Ellos se decantan por la segunda opción¹. Pero quizás haya algo más que puntos oscuros.

A continuación se llevará a cabo una recapitulación crítica, para plantear acto seguido algunos problemas de fondo y, finalmente, apuntar algunas vías hacia modelos alternativos.

1. RECAPITULACIÓN

1.1. La existencia del sistema jurídico

En general, todos los autores resuelven esta cuestión sobre la base de la eficacia. Un ordenamiento jurídico existe cuando es eficaz, esto es, cuando los sujetos a dicho ordenamiento se conducen de acuerdo con las normas a él pertenecientes. No obstante, Hart introduce una matización porque considera que el criterio de la obediencia general no explica por sí solo la existencia del sistema jurídico.

¹ J. J. MORESO y P. E. NAVARRO, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, CEC, 1993, p. 15.

Para este autor, de las normas que confieren potestades no se puede decir propiamente que sean obedecidas. Por otro lado, este criterio tampoco puede explicar la existencia del derecho cuando en los términos de Bentham y Austin se produce un cambio de soberano (ya que, lógicamente, hace falta tiempo para que pueda hablarse de un hábito). Por ello, Hart introduce, desde un punto de vista interno, el criterio adicional de la aceptación por parte de los funcionarios de las reglas de cambio y de adjudicación como modelos públicos y comunes de conducta oficial².

Desde un punto de vista similar, Raz añade al criterio de la eficacia uno adicional, que él denomina de «exclusión», que consiste en determinar cuál de los sistemas jurídicos que han pasado lo que él denomina el «test de la eficacia» es mejor³. Este autor introduce también la distinción entre «sistema jurídico» y «sistema jurídico momentáneo», que hoy constituye un lugar común en la doctrina —si bien ha tenido más aceptación entre nosotros la denominación «orden jurídico» y «sistema jurídico» propuesta por Alchourrón y Bulygin—⁴. Se trata de una distinción que tiene que ver con el hecho claro de que si un sistema jurídico es entendido como un conjunto de elementos, cualquier adición o supresión de alguno de ellos implica necesariamente un conjunto distinto.

Estos últimos, finalmente, no tratan la cuestión de manera expresa, pero, en congruencia con su noción de sistema normativo, existirá un sistema jurídico cuando exista un conjunto de enunciados que tenga consecuencias jurídicas⁵. De todos modos no es de creer que Alchourrón y Bulygin rechazaran la necesidad de algún tipo de eficacia en las conclusiones jurídicas o en los enunciados jurídicos que necesariamente habrá de incluir la base axiomática si ésta ha de tener tal clase de conclusiones.

1.2. La identidad del sistema jurídico

En este punto hay una tendencia al formalismo en todos los autores, si bien introducen correcciones, no siempre coherentes, que tratan de ajustar el modelo a los condicionantes de la práctica jurídica.

Para Bentham, las normas jurídicas son todas aquellas cuya promulgación puede imputarse directa o indirectamente al *soberano* (criterio del origen).

² Cfr. Cap. III.

³ Cfr. Cap. IV.

⁴ Cfr. C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Sobre el concepto de orden jurídico», en *Crítica* 8 (1976), pp. 3-23, recogido en ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991, p. 397.

⁵ Cfr. Cap. V.

Ahora bien, como el soberano se determina en términos de hecho, esta teoría tiene difícil justificar la obligatoriedad del derecho así promulgado, teniendo que caracterizarla por la nota de la coactividad, por lo que el derecho pierde toda especificidad, ya que resulta indistinguible de cualquier orden coactivo eficaz.

Precisamente para Kelsen la especificidad del derecho está en su obligatoriedad. Para él, toda norma jurídica válida es obligatoria, ya que validez es lo mismo que obligatoriedad. Su punto de partida consiste en la radical separación entre el mundo del ser y el mundo del deber ser. Nunca el deber ser puede surgir de un hecho, sino de una norma. Esto significa que toda norma debe necesariamente su validez u obligatoriedad a otra norma, a una norma superior, la cual, a su vez, la recibe de otra superior, y así sucesivamente. Pero como no cabe un *regressus ad infinitum*, ya que éste nada puede fundamentar, hay que llegar hasta una norma última cuya validez no dependa de otra norma superior. Esta norma es la *norma fundamental*, presupuesto de la validez de todo el sistema⁶. El problema que presenta esta norma presupuesta es, desde el punto de vista del propio positivismo, que no ha sido *puesta*. Esto hace que Kelsen mismo acabe renunciando a esta caracterización como norma presupuesta y en sus últimos trabajos pase a entenderla como una norma ficticia. Pero con ello la validez del derecho se convierte también en algo ficticio⁷.

Hart es más realista en este sentido, ya que no se plantea fundamentar la validez del sistema jurídico en una norma ficticia. Por eso dirige su atención a los órganos aplicadores del derecho, fundando la identidad del sistema jurídico en lo que denomina regla de reconocimiento. Ésta viene a ser la regla que determina las condiciones que se deben reunir para que una norma pueda ser considerada como una norma del sistema. Ahora bien, ¿es dicha regla de reconocimiento una regla del sistema? Porque si lo es, es preciso otra regla que especifique las condiciones que debe cumplir, la cual, a su vez, será una regla del sistema en virtud de otra regla del sistema que establezca las condiciones que debe cumplir, y así *ad infinitum*. Pero, si por el contrario, no se la considera una regla del sistema, la regla de reconocimiento queda reducida a una cuestión fáctica: la validez de una norma es la creencia de quienes están sometidos a ella y de quienes la aplican efectivamente⁸.

Raz, en la misma línea, advierte que entender la validez como pertenencia a un sistema jurídico es insuficiente, porque es un hecho que la mayoría

⁶ Cfr. Cap. II, ep. 3.

⁷ Cfr. Cap. II, ep. 3.3.

⁸ Cfr. Cap. III, ep. 2.2.

de los sistemas jurídicos reconocen y aplican normas que no son parte del sistema jurídico. Por eso distingue entre pertenencia y aplicabilidad y establece como criterio identificador del derecho el haber sido una disposición jurídica reconocida por un órgano de aplicación⁹. Ahora bien, estos órganos están obligados a tener en cuenta de manera excluyente las normas establecidas por los órganos creadores de derecho. Pertenencia para él implica juridicidad y ésta obligatoriedad. Bajo este punto de vista, los órganos primarios son meros ejecutores de las normas institucionalmente establecidas. Ahora bien, hay veces en que el derecho es incierto, porque no establece una solución clara. En estos supuestos, los jueces más que aplicar el derecho tienen que desarrollarlo. Aquí, inevitablemente, los jueces se ven obligados a acudir a consideraciones «extrajurídicas»¹⁰.

Por último, Alchourrón y Bulygin establecen como criterios de identificación del sistema jurídico la *legalidad* y la *deducibilidad*. No obstante, advierten que hay ciertas normas que pertenecen directamente al sistema jurídico, al margen de estos criterios, y que se determinan extensionalmente (una especie de primera constitución del orden jurídico), que son las *normas independientes*¹¹. En virtud de ellas, cualquier modificación legal que se produzca en el sistema jurídico da lugar a un nuevo sistema jurídico que integra la serie de los sistemas jurídicos que forman parte del orden jurídico entendido como la totalidad de los «sistemas jurídicos momentáneos», en expresión de Raz. Por lo que se refiere a las consecuencias normativas que se obtienen deductivamente de un conjunto de enunciados jurídicos, éstas no alteran en absoluto el sistema jurídico, que permanece idéntico. El orden jurídico se interrumpe sólo cuando se rompe la cadena

⁹ Esta aportación es básica en la teoría del sistema jurídico actual. Cfr. MORESO-NAVARRO, *op. cit.*, pp. 109-117; E. BULYGIN y D. MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Tecnos, Marcial Pons, 2005, pp. 69-83.

¹⁰ Cfr. Cap. IV, ep. 5.1. Sobre la discrecionalidad de los jueces en el pensamiento de Raz y su crítica puede consultarse el pormenorizado trabajo de J. B. ETCHEVERRY, *Objetividad y determinación del derecho en la Analytical Jurisprudence actual* (tesis doctoral), *passim*, especialmente cap. IV.

¹¹ La formulación de este criterio es más compleja, pero estos son sus tres ejes. Se trata de un criterio comúnmente aceptado en la teoría del sistema jurídico actual, al menos la de lengua española. Cfr. MORESO-NAVARRO, *op. cit.*, pp. 49 ss.; R. A. CARACCILO, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, CEC, 1988, pp. 27 ss.; BULYGIN-MENDONCA, *op. cit.*, pp. 49 ss. Moreso y Navarro advierten que las normas independientes han de ser eficaces si han de ser el origen de un orden jurídico (*op. cit.*, p. 91). En relación con las normas independientes, *nota bene*: identifican el orden jurídico, que es una sucesión de sistemas jurídicos, no el derecho de una comunidad nacional o estatal, que es una sucesión de órdenes jurídicos.

de legalidad, apareciendo otro orden jurídico en su lugar, inaugurando otra cadena de legalidad¹².

1.3. La estructura del sistema jurídico

La estructura del sistema jurídico viene en buena parte determinada por los criterios de identidad mencionados, ya que son los que establecen qué disposiciones jurídicas integran el sistema y, por lo tanto, son susceptibles de entrar en relación. Para Bentham, las normas jurídicas son mandatos del soberano y las relaciones que pueden establecerse entre esta clase de normas son variadas, destacando quizás la que se da entre las normas de derecho sustantivo, que establecen la obligatoriedad de una conducta, y las del derecho adjetivo, que imponen una sanción en el caso de contravención, así como las relaciones entre las disposiciones jurídicas civiles, penales y constitucionales¹³.

Para Kelsen, el derecho es un conjunto de normas jurídicas cuya validez (en el sentido de pertenencia al sistema y de obligatoriedad simultáneamente) depende de una norma fundamental presupuesta o ficticia. Como acabamos de ver, una norma es válida si ha sido dictada por un órgano autorizado por una norma superior y así, sucesivamente hasta la norma fundamental. Las normas individuales, como las sentencias, vendrían a ocupar el escalón inferior. Por encima, normas generales, constitución y norma fundamental. Se trataría, pues, de una estructura piramidal. Aquí se plantean diversos problemas. Un problema importante viene dado por el caso de la norma «antinormativa» (la terminología es de Kelsen). Es decir, una norma dictada en contravención de la norma superior, que, en su teoría, sigue siendo válida mientras no sea anulada, lo que puede que nunca suceda. Otro problema tiene que ver con el hecho de que el derecho no sólo se compone de normas en el sentido que les da Kelsen (aquellas que imponen una sanción)¹⁴.

En este punto es importante la distinción introducida por Hart entre normas primarias, que imponen deberes, y normas secundarias, que confieren facultades. A través de ellas introduce una concepción nueva de la estructura del siste-

¹² No obstante, Caracciolo se pregunta: ¿no queda afectada la identidad del orden jurídico cuando el contenido básico y fundamental del régimen jurídico es totalmente modificado, aunque sea legalmente? Cfr. R. A. CARACCILO, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, *cit.*, p. 71.

¹³ Cfr. Cap. I.

¹⁴ Cfr. Cap. II.

ma jurídico que en general hoy sigue considerándose válida¹⁵. Raz perfecciona esta visión al advertir que no todo en el derecho tiene la forma de normas, sino que hay otra clase de disposiciones. De ahí, la importancia de definir las disposiciones jurídicas en función de su pertenencia al sistema jurídico y no al revés, entendiendo que el sistema jurídico es un conjunto de disposiciones jurídicas¹⁶.

En la misma línea, Alchourrón y Bulygin entienden que no todo lo que forma parte del sistema jurídico son normas, sino que éste abarca otra clase de enunciados jurídicos, algunos de los cuales tienen carácter conceptual, como precisamente la regla de reconocimiento. Ésta no puede constituir una regla de conducta sino una regla conceptual, ya que no sirve para dirigir la conducta, sino para identificar las normas jurídicas. (Lo mismo sucede con las reglas de competencia). Al esquema recién mencionado hay que añadir en el contexto de su teoría, las normas lógicamente derivadas de las normas legalmente promulgadas y de las normas independientes. Como se vio, y ésta es una de sus aportaciones más importantes, para los profesores argentinos un sistema jurídico es una clase de sistema normativo, esto es, un conjunto de enunciados que tiene consecuencias normativas¹⁷.

1.4. El contenido del sistema jurídico

Ninguna de las teorías expuestas en los capítulos precedentes admite la existencia de un contenido necesario en todo sistema jurídico y, desde este punto de vista, todas ellas pueden ser consideradas positivistas. Ahora bien, este rechazo, siempre explícito, del derecho natural en sus teorías es más coherente con los postulados metodológicos asumidos por sus autores, que con la misma realidad, ya que todas albergan un contenido mayor o menor de ideología.

Es conocido el lema de Bentham «obedecer puntualmente, criticar libremente»¹⁸. Éste es intachable desde el punto de vista positivista, si bien es verdad que hay positivistas que niegan que exista deber alguno de obediencia y positivistas que postulan la racionalidad absoluta de las disposiciones del Estado. Pero no cabe duda de que cae bajo la órbita del positivismo. Cabe criticar el derecho, pero tanto los jueces o funcionarios en general como los ciudadanos

deben plegarse a lo establecido en él sea lo que sea. Así, pues, nadie puede rechazar una disposición del Estado. Ahora bien, esto no excluye que sus destinatarios opinen que es injusta, e incluso gravemente injusta. Pues bien, aun así, deben obedecerla. La justicia no obliga ni al Estado ni a sus destinatarios. ¿Qué es lo que justifica entonces el derecho?: otro valor, la seguridad jurídica. El derecho permite hacer predictibles las conductas de todas las personas sometidas a él y esto facilita a todas ellas organizar su vida de tal modo que puedan alcanzar el mayor nivel de felicidad posible. El derecho es útil para garantizar las expectativas personales¹⁹. El positivismo benthamiano, en la línea inaugurada por Hobbes, se basa en una opción por la seguridad frente a la justicia.

Kelsen alberga la expresa pretensión de erradicar de la Ciencia del derecho cualquier elemento ideológico. Para ello es fundamental desterrar la idea de derecho natural, ya que todo iusnaturalismo, a su juicio, es ideológico. En efecto, para él, el derecho natural sirve lo mismo al conservador (para justificar el derecho vigente), que al revolucionario (para denunciarlo). Por ello considera que es ideológico, ambivalente y al servicio de intereses de grupo o de clase. Para Kelsen, la justicia es algo que está más allá de toda experiencia y, si existiese, no sería necesario el derecho positivo, pues sería, dice, la «insensata tentativa de una iluminación artificial a la luz solar»²⁰. Ahora bien, este intento de marginar toda consideración axiológica, que es muy loable desde el punto de vista de la coherencia con el método adoptado, es, empero, muy poco realista, ya que la práctica jurídica constantemente nos muestra cómo ella no se puede desenvolver al margen de las valoraciones, tal y como reconocen hasta los empiristas más extremados²¹. Por ello, ha podido decir Pedro Serna que Kelsen sitúa el ideal de científicidad por encima de la realidad misma, al marginar absolutamente de su teoría toda referencia a valores, que la misma práctica jurídica muestra como presentes en el discurso jurídico. Otra cosa es que tengan carácter objetivo o subjetivo. Pero el hecho cierto es que intervienen, y además decisivamente, en la práctica jurídica²².

En la misma línea, Hart niega toda relación *conceptual* del derecho con la justicia o con la moral. Eso sí, más realísticamente que Kelsen, admite que *de hecho* sí suele presentarse tal relación²³ y opina que es habitual que entre los cri-

¹⁹ Cfr. Cap. I, ep. 3.2.

²⁰ Cap. II, ep. 5.1.

²¹ Cfr. Karl OLIVECRONA, *Gesetz und Staat*, Copenhague, Ejnar Munksgaard, 1940, pp. 52 ss.

²² Cfr. Pedro SERNA, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006, pp. 26-28.

²³ Cfr. Cap. III, ep. 4.

¹⁵ Cfr. Cap. III.

¹⁶ Cfr. Cap. IV.

¹⁷ Cfr. Cap. V.

¹⁸ Cap. I, ep. 1.

terios para determinar la validez jurídica figuren consideraciones morales, así como en la interpretación de las normas jurídicas. Ahora bien, en su opinión, si una norma ha sido establecida en virtud de una fuente autorizada es una norma válida; otra cosa es su justicia o su injusticia. Toda norma correctamente establecida es, pues, derecho; sólo que no hay que obedecerla si es demasiado inicua. Pero ¿qué quiere decir que una norma sea «demasiado inicua»? Esto no está muy claro, pero lo cierto es que Hart articula una especie *sui generis* de iusnaturalismo basado en la idea de que el ser humano tiene la tendencia a conservar el ser, lo cual exige restringir de algún modo el uso de la violencia. Asimismo considera que es precisa la cooperación humana sobre la premisa de la igualdad entre los hombres. También considera necesarios cierto grado de altruismo, la propiedad y la organización de un sistema de coacciones. El derecho tiene, pues, una base natural. Ahora bien, cabe preguntarse lo siguiente: si el ser humano presenta una serie de inclinaciones, ¿por qué no es más honrado exigir su respeto por encima de otra consideración? Ante el panorama que nos presenta Hart, optar por la tesis positivista de las fuentes sociales no deja de ser una opción injustificada científicamente.

Para Raz, la solución al problema del contenido del derecho no es imprescindible para la obtención de una definición adecuada del sistema jurídico. En su opinión, se puede sostener que no existe ningún contenido común a todo sistema jurídico. Los únicos rasgos que Raz considera comunes a todo sistema jurídico son meramente formales, a saber: coactividad, normatividad, carácter institucional, pretensión de comprehensividad, pretensión de supremacía y apertura²⁴.

La teoría del sistema jurídico que presentan Alchourrón y Bulygin se presenta explícitamente como neutral en el debate iusnaturalismo/iuspositivismo, si bien sus autores se declaran positivistas. Ellos admiten la posibilidad de que pueda elaborarse un sistema jurídico que incluya en la base axiomas de derecho natural. En efecto, todo sistema normativo consiste en un conjunto de enunciados que tiene consecuencias normativas. Esto implica que alguna de sus premisas tenga que ser lógicamente normativa, y el derecho natural, en la hipótesis de que exista, tiene ese carácter. Ahora bien, estos autores abogan por el positivismo a pesar de que en su obra no hay un tratamiento profundo del tema²⁵.

En definitiva, hay en los autores estudiados un *trasfondo ideológico* en la opción por el positivismo. En el caso de Bentham, debido a la opción por la se-

²⁴ Cfr. Cap. IV, ep. 4.

²⁵ Cfr. Cap. V, ep. 6.

guridad frente a la justicia, que tiene la misma índole axiológica. En el de Kelsen, porque opta por su ideal de pureza científica por encima de la fidelidad a la realidad. En el de Hart, por no ser coherente con su afirmación de que en todo derecho hay una base de derecho natural. Por último, en el de Raz, así como en el de Alchourrón y Bulygin, por su asunción acrítica del positivismo jurídico.

2. ALGUNOS PROBLEMAS RECURRENTE EN LA TEORÍA DEL SISTEMA JURÍDICO

La presencia del señalado elemento ideológico en las teorías estudiadas no permite decir que se trate de teorías absolutamente científicas. En particular, resolver la cuestión del contenido, en contra de lo que opina Raz, es importante, ya que de su solución dependen también otras cuestiones.

Veamos cómo afecta a la identidad del sistema jurídico. Para ello partimos de un hecho que hoy no se discute, después de haber sido puesto de manifiesto y estudiado por diversas corrientes a lo largo del s. XX. En efecto, cuando uno se detiene a observar cómo actúan, es decir, cómo argumentan, los operadores jurídicos, advierte que entre sus premisas figuran habitualmente una serie de criterios, principios y valores que no tienen origen expreso en ninguna otra fuente social. La explicación de este fenómeno está en que los dogmas de la plenitud y de la coherencia son falsos. El derecho no tiene todas las respuestas ni las que tiene son siempre coherentes. Así las cosas es de todo punto imposible pensar en una eventual aplicación mecánica de las normas jurídicas²⁶.

Como ha puesto de manifiesto Engisch, el ideal de coherencia, integridad e independencia es muy difícil de llevar a la práctica jurisprudencial²⁷. Por eso, frente al pensamiento axiomático, que opera mediante la deducción racional, este autor propone un pensamiento *tópico*, consistente en pensar el problema, en cuyo horizonte la ley aparece como *un elemento más* en el cosmos más extenso del derecho²⁸. Viehweg ha insistido también en que para elaborar un sistema es necesario el trabajo inventivo previo de la tópica, tanto en la selección de axiomas, como en la formación de los conceptos funda-

²⁶ Cfr. P. SERNA, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos*, cit., pp. 32-38.

²⁷ Cfr. Karl ENGISCH, «Sentido y alcance de la sistemática jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 3 (1986), pp. 9-11. Esto no implica para él abandonar la idea de sistema, que considera «irrenunciable» (p. 39). Más adelante daremos cuenta de algunas teorías que han intentado incorporar los principios al sistema jurídico.

²⁸ Cfr. K. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Granada, Comares, 2001, pp. 227-230.

mentales²⁹. En su opinión, la lógica formal determina sólo la estructura de la demostración³⁰. En el mismo sentido, Perelman ha mostrado que la capacidad del derecho para funcionar como un sistema jurídico depende enteramente de la inserción controlada de los juicios de valor prepositivos, y señala que toda la problemática del razonamiento jurídico se esfuerza por elaborar una dialéctica en la cual la búsqueda de soluciones satisfactorias enriquece el arsenal metodológico y permite el mantenimiento de la coherencia del sistema al mismo tiempo que lo flexibiliza³¹.

En suma, el derecho es fruto de un proceso de determinación, en el que las leyes y otras normas promulgadas por la autoridad, por su carácter general, no son susceptibles de ser aplicadas mecánicamente al caso concreto. Como ha escrito José A. Seoane *supra*: «La deliberación prudencial toma en consideración el marco normativo, el sistema general, pero lo ajusta con flexibilidad a la situación concreta, que siempre es nueva en algún sentido. La norma legal brinda constancia y estabilidad al identificar los rasgos más relevantes, pero no todos, del caso; proporciona orientaciones normativas y nos prepara e ilumina ante (ciertos aspectos de) los hechos. Pero la percepción e interpretación de éstos es particular y no es legible por completo de antemano; la experiencia de lo particular enriquece y puede modificar la concepción general. En este sentido la situación concreta es fuente de claridad en el proceso de determinación del Derecho»³².

Dworkin ha dirigido una crítica global contra el positivismo jurídico precisamente por presentar un sistema jurídico compuesto sólo por normas. En su opinión, existen *standards* que no son normas y que operan de una manera muy diferente, como es el caso de los principios. Éstos no poseen en absoluto la estructura de «todo/nada», característica de las reglas, y su aplicación obliga a ponderarlos y a sopesarlos entre sí. En consecuencia, a su juicio, urge deshacerse de la imagen del derecho como sistema de reglas y buscar un modelo más adecuado a la complejidad de nuestras propias prácticas³³.

Esto es especialmente claro desde la instauración del modelo constitucionalista a partir de la segunda mitad del s. XX, el cual se opone al legalismo decimonónico

²⁹ Cfr. Theodor VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1986, pp. 122-124.

³⁰ Cfr. Th. VIEHWEG, *Tópica y Filosofía del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1991, p. 70.

³¹ Cfr. Chaim PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de L. Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979, pp. 115-116. Véase también M.^a de los Ángeles MANASSERO, *De la argumentación al derecho razonable. Un estudio sobre Chaim Perelman*, Pamplona, Eunsa, 2001.

³² Cfr. Cap. IV, ep. 5.1.

³³ Cfr. Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 100-101.

al concebir la Constitución como un orden de valores cuya operatividad exige una labor de armonización y ponderación muy alejada de la simple deducción mecánica, como ha puesto de manifiesto también Alexy³⁴. Este autor propone un sistema jurídico compuesto no sólo por normas, sino también por principios y procedimientos³⁵.

En definitiva, un sistema jurídico compuesto sólo por normas es impracticable. Pero ¿cómo integrar esos principios en el sistema jurídico?

Por lo que se refiere a Bentham, cabe pensar que no estaría dispuesto a admitir los principios en el sistema jurídico. Los principios, por su generalidad, son altamente indeterminados y si una regla ofrece alternativas distintas de interpretación, un principio las multiplica³⁶. Recordemos su opinión acerca del *Common law*, que rechaza justamente por la indeterminación que produce. El afán de certeza le impide a Bentham considerar en un sistema otro tipo de disposiciones que no sean leyes.

Kelsen sí que considera como sistemas aquellos regidos por la discrecionalidad del juez. Ahora bien, si tienen la virtud de adaptarse al caso concreto, ello es en detrimento de la seguridad jurídica. El caso opuesto está representado por los sistemas en que está vedado en absoluto a los jueces producir normas generales³⁷, de modo que sus sentencias (normas individuales) son la mera aplicación de las normas dictadas por el órgano legislativo central.

En todo caso, Kelsen se plantea el tema de las lagunas. Pero al no reconocer la razón práctica como tal razón, opta por una especie de regla tácita de clausura que establece que todo lo no prohibido está permitido³⁸. Ahora bien, Kelsen incurre en un salto lógico ilegítimo al derivar un deber ser (la permisividad) de un hecho (la no prohibición)³⁹.

³⁴ Cfr. Robert ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge Malem Seña, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 159. Sobre el proceso histórico que desemboca en el neoconstitucionalismo, cfr. por todos, Luis CRUZ, *La constitución como orden de valores. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Granada, Comares, 2005; y, del mismo autor, *Estudios sobre neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006.

³⁵ R. ALEXY, *op. cit.*, pp. 173-175. Entre nosotros, esta dimensión principal y axiológica de los sistemas jurídicos ha sido recogida por M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 6. Para estos autores, los sistemas jurídicos se componen de normas de mandato y de otros enunciados, pudiendo ser las tales normas de mandato reglas o principios.

³⁶ R. ALEXY, *op. cit.*, p. 168.

³⁷ Cuando Kelsen habla de la producción de normas generales por parte de los jueces parece que está haciendo referencia a la posibilidad de que una decisión judicial se convierta en un precedente obligatorio. Cfr. Cap. II, ep. 4.3.

³⁸ Cfr. Cap. II, ep. 4.3.

³⁹ Cfr. Luigi LOMBARDO, *Corso di Filosofia del Diritto*, Milán, Cedam, 1981, pp. 47-48.

Pero hay un punto más llamativo si cabe. En efecto. Es posible, en la medida en que el juez es libre, que éste se aparte de la norma general que regula un caso que tiene que resolver. Pues bien, su decisión, aunque se aparte de la norma, será válida mientras no sea anulada, pudiéndose dar el caso de que nunca lo sea. Por ello opina que toda norma superior, a partir de la constitución, contiene siempre una cláusula alternativa tácita que establece la validez de toda ley contraria a ella que no sea anulada. Esto es como decir que el sistema jurídico manda hacer una cosa o su contraria, lo que destruye la normatividad del derecho⁴⁰. Para Ruiz Manero esto supone el derrumbe de la concepción kelseniana del ordenamiento jurídico como un sistema dinámico de normas jerarquizadas y considera que implica la asunción de una concepción del derecho aún más radicalmente judicialista que la de aquellos a quienes se suele adscribir a esta corriente⁴¹.

Hart admite expresamente que entre los criterios de validez de las normas jurídicas pueden figurar y figuran de hecho valores morales, los cuales también aparecen en el momento de interpretarlas. Ahora bien, señala también que de hecho hay y ha habido regímenes totalmente injustos. Así, pues, el elemento moral es para él algo contingente. Esto es lo mismo que reconocer que el derecho válido es el establecido por una fuente social⁴². Se explica así que Hart no acepte la posibilidad de que un principio obtenga su validez jurídica debido a su intrínseca racionalidad, sino que todo principio jurídico debe haber sido reconocido formalmente por una fuente autorizada del sistema.

Ahora bien, Hart reconoce que la misma regla de reconocimiento puede admitir criterios sustantivos en la regla de reconocimiento que permitan identificar principios por su contenido. Pero esto entraña un alto grado de discrecionalidad. Como ha expuesto Pedro Rivas, si el criterio para la validez de los principios es lo que hacen los jueces, las valoraciones morales caben perfectamente en el sistema jurídico. Ante la negación de la posibilidad de una razón práctica, esto nos aboca de nuevo a la discrecionalidad absoluta⁴³.

En el caso de Raz, la cuestión del contenido se convierte en algo cuya solución es irrelevante para la teoría del sistema jurídico. Según su planteamiento, el destinatario de las normas las debe seguir simplemente por el hecho de tener un origen institucional autorizado. Esto incluye también a los órganos aplicadores del derecho, que han de limitarse a aplicar lo establecido, que tiene carácter excluyente.

⁴⁰ Cfr. Cap. II, ep. 4.5.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Cfr. Cap. III, ep. 4.

⁴³ Cfr. Cap. III, ep. 2.

No obstante, reconoce la posibilidad de que se den casos no previstos que requieran la intervención creadora de los órganos judiciales. En este sentido, la regla de reconocimiento no es la única disposición última del sistema, sino que junto a ella existen unas reglas últimas de discrecionalidad. Raz ofrece un marco de razones que pueden ser adoptadas por los jueces. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto J. A. Seoane, es muy dudoso que su actividad pueda tener una naturaleza ejecutiva y se hace muy difícil entender cómo sea posible la adopción de decisiones que prescindan en absoluto de la cuestión de su contenido⁴⁴.

Alchourrón y Bulygin, por último, reconocen expresamente la discrecionalidad del juez ante una laguna, ya que en este caso, opinan, sólo tiene la obligación de juzgar, y cumple con ella por igual bien condenando al demandado, bien rechazando la demanda. El problema es fundamentar la decisión. Un fundamento posible es el famoso artículo 1 del Código civil suizo que autoriza al juez a actuar como legislador. Sin embargo, a falta de una autorización expresa, el problema es insoluble. Ante una laguna, es preciso que el juez mismo formule una norma bajo la que subsumir el caso que le toca conocer. El método analógico sería otro ejemplo de ello⁴⁵. Por tanto, el juez tiene que estar autorizado para producir normas. Pero ¿puede hacerlo de manera absolutamente discrecional? No desde una óptica iusnaturalista, con la que es compatible el modelo de sistema que conciben estos autores, como se vio. ¿Y desde un punto de vista positivista? Por lo que se refiere al positivismo jurídico que ellos adoptan, la solución es confusa, ya que entre los criterios de interpretación que utilizan los jueces, Bulygin habla de la «exigencia moral de justicia»⁴⁶. La verdad es que dicha exigencia, extraña desde el punto de vista del positivismo ortodoxo, no queda muy definida en el planteamiento de estos autores, y tampoco tiene fácil encaje en un marco de fundamentación en términos de objetividad moral.

En definitiva, las teorías estudiadas no pueden hacerse cargo de una realidad indiscutible: una buena práctica jurídica es inviable sin la presencia de *valores* y *principios*. Bentham piensa en un sistema exclusivamente compuesto de normas emanadas del soberano. Kelsen formula una regla de clausura (lo no prohibido está permitido) con la que pretende se resuelvan automáticamente todos los problemas. Hart, al admitir que los jueces pueden utilizar criterios morales para identificar el derecho y negar al mismo tiempo la posibilidad de la razón práctica, concede al jurista una discrecionalidad absoluta a la hora de decidir los casos. Raz intenta li-

⁴⁴ Cfr. Cap. IV, ep. 5.1.

⁴⁵ Cfr. Cap. V, ep. 5.2.

⁴⁶ Cfr. Cap. V, ep. 6.3.

mitar la discrecionalidad judicial al formular una serie de razones que pueden ser adoptadas por los jueces, pero éstas no pueden ser aplicadas mecánicamente, por lo que el aplicador del derecho se ve desamparado por su teoría a la hora de tomar decisiones difíciles. Por último, Alchourrón y Bulygin, que admiten la exigencia moral de justicia, rechazan toda fundamentación racional de los valores, lo que comunica una dosis de irracionalidad a las decisiones judiciales, al menos en los mencionados casos difíciles, donde la valoración es inevitable.

3. ENTORNOS COMPLEJOS, SISTEMAS COMPLEJOS

Un problema adicional que nos vamos a limitar a esbozar y que contrasta con la identificación del sistema jurídico con un conjunto de normas de origen estatal tiene que ver con ciertos fenómenos contemporáneos que afectan a la configuración tradicional de las fuentes del derecho. Pérez Luño habla de «desbordamiento de las fuentes del derecho». Éstas son sus principales manifestaciones:

— La supraestatalidad normativa⁴⁷.—Bajo este concepto, Pérez Luño alude a la adopción de reglas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos diferentes. Esto puede darse a través de actos expresos de aceptación del sistema normativo de determinadas organizaciones internacionales o supranacionales, o a través del reconocimiento implícito de normas jurídicas fuera del área en la que inicialmente fueron establecidas. En general, según este autor, se puede apreciar un proceso de erosión notable en el protagonismo hegemónico y monopolístico de los Estados nacionales en la creación del sistema de fuentes del derecho.

— La infraestatalidad normativa⁴⁸.—Al mismo tiempo que lo anterior se ha producido una ampliación de las competencias normativas de los entes sociales intermedios situados entre el ciudadano y el Estado. Así, los entes territoriales, determinados grupos o colectivos sociales (v. gr., actuación sindical en el ámbito profesional) y regulaciones jurídicas altamente especializadas por razón de la técnica.

— La hipertrofia legislativa⁴⁹.—Hace referencia a un crecimiento sin límites de las normas legales que, a juicio de Pérez Luño, rompe el equilibrio entre la producción normativa y la capacidad de aplicación.

⁴⁷ Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993, pp. 76-78.

⁴⁸ Cfr. *ibid.*, pp. 79-80.

⁴⁹ Cfr. *ibid.*, pp. 80-81.

— La hipostenia legislativa⁵⁰.—El mismo aumento de la masa legislativa ha disminuido la intensidad de su eficacia. Esto ha originado una serie de fenómenos, como la suplantación de la ley formal por normas reglamentarias o la desconfianza respecto a la legalidad como marco de solución de conflictos sociales.

Todo ello comporta las siguientes tendencias en el sistema de fuentes:

— Frente a la visión jerarquizada del sistema de fuentes, propia del iluminismo, surge hoy la idea de pluralismo⁵¹. Éste entraña un área de libertad o de *autodeterminación* interna para las organizaciones sociales. Esto implica una derogación de las ideas de monopolio y de jerarquía normativa y erosiona de manera inmediata el protagonismo de la ley⁵².

— La jerarquía normativa está siendo sustituida por los denominados «sistemas de interlegalidad», que entrañan la intersección de sistemas de áreas y niveles jurídicos superpuestos e interrelacionados de forma asimétrica y asistemática, a partir de múltiples redes de juridicidad. Esto supone, en opinión de Pérez Luño, «la pérdida de la jerarquía normativa basada en la soberanía del Estado, que ha sido sustituida por formas de legalidad porosa o porosidad jurídica propias de un ordenamiento jurídico difuso, donde las fuentes no operan a partir de criterios verticales de jerarquía, sino horizontales basados en pactos y transacciones»⁵³.

— Otra tendencia, propia de la postmodernidad, es la reivindicación de la individualidad, la variedad y la diferencia, frente a los ideales cosmopolitas, igualitarios y solidarios, heredados del iluminismo. El sistema de fuentes propio del Estado nacional muestra su limitación al ser incapaz de hacerse cargo de la dimensión multinacional de las grandes empresas y de los procesos económicos, así como de los requerimientos de la ecología y de los procesos de información y comunicación propios de la sociedad informatizada⁵⁴.

⁵⁰ Cfr. *ibid.*, pp. 81-82.

⁵¹ Sobre el pluralismo jurídico en concreto, cfr. el reciente libro de Gregorio ROBLES, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007.

⁵² Cfr. PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, pp. 83-87.

⁵³ Esto ha llevado, según Arnaud y Fariñas, a interpretar los actos desviados no tanto como un acto de desobediencia, cuanto como un acto de obediencia a un sistema normativo alternativo, como puede ser, por ejemplo, el caso del *uso alternativo del derecho*. Los procesos de cambio jurídico permiten también apreciar la existencia simultánea de otros sistemas jurídicos en vigor, que acaban imponiéndose al oficial a través de su reconocimiento. Lo mismo se puede decir de los medios de solución alternativa de conflictos en la medida en que estos sistemas jurídicos afloran a través de ellos. Cfr. André-Jean ARNAUD y M.ª José FARIÑAS DULCE, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III, 1996, pp. 279-292.

⁵⁴ Siguiendo a Arnaud y Fariñas, la *globalización* es un fenómeno complejo que, con origen en la ideología de mercado, explica la tendencia de las grandes empresas a trascender las fron-

— *En el plano metodológico* se viene hablando de una rebelión contra el formalismo. Lo que se pretende es dotar a los instrumentos y cauces jurídicos de solución de conflictos de una mayor fluidez y flexibilidad. Tras la II Guerra mundial, los dogmas de la sujeción absoluta del juez a la ley positiva y de la concepción mecánica de la aplicación judicial del derecho están en crisis. Desde un punto de vista político, por las trágicas consecuencias del mantenimiento a ultranza del principio *Gesetz ist Gesetz*. Y, desde un punto de vista teórico, porque se ha puesto de relieve que bajo la supuesta aplicación aséptica de la ley por parte de los jueces se esconde, consciente o inconscientemente, una defensa ideológica de intereses políticos. En este sentido, se ha llegado a hablar de una suplantación del derecho legal por el derecho judicial⁵⁵.

Pues bien, la realidad recién descrita no armoniza bien con aquellas teorías del sistema jurídico que están basadas en una concepción tradicional del sistema de fuentes, como la de Bentham, que sólo piensa en las normas emanadas del soberano, o la de Kelsen, que nos presenta un sistema jerárquico y piramidal. El resto de teorías aquí estudiadas muestran una mayor flexibilidad que las hace menos vulnerables a la crítica desde este punto de vista. No obstante, uno de los aspectos más notables del mencionado fenómeno de desbordamiento de las fuentes del derecho tiene que ver con la incorporación de valores al proceso de decisión jurídica. Esto produce algunos desajustes en estas teorías. Hart admite que los jueces adopten principios en función de su contenido, pero si, como afirma, dichos principios son jurídicos porque los utilizan los jueces, se hace difícil distinguir entre un sistema jurídico y lo que Raz denomina sistema de discrecionalidad absoluta⁵⁶. Raz, por su parte, ofrece una visión de la obediencia y aplicación del derecho que, sobre la base de la concepción de las normas como razones excluyentes, afianza su dimensión ejecutiva y excluye la deliberación. Sin embargo, las dificultades que entraña esta postura se ven con claridad cuando se comprueba que el propio Raz se ve obligado a admitir la discrecionalidad judicial, lo cual no parece muy compatible con el rechazo de la deliberación y la condición de las normas como razones excluyentes. Por último, en el caso de Bulygin (Alchourrón no trata expresamente de estas cuestiones) hay una

teras nacionales, escapando en gran medida tanto a la regulación nacional como a la internacional. En este contexto, el Estado queda relegado a un papel cada vez menos operativo, toda vez que las relaciones jurídicas se producen con frecuencia al margen de su derecho oficial. En resúmenes cuentas, las multinacionales operan bajo un estricto criterio económico donde la legalidad se presenta ante ellas como un obstáculo que puede eventualmente ser allanado mediante convenientes presiones al autor de dicha legalidad. Cfr. A.-J. ARNAUD y M. J. FARIÑAS, *op. cit.*, pp. 270-278.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 90-92.

⁵⁶ *Vid.* Cap. III, ep. 2.3.

cierta ambigüedad en este punto, ya que aunque menciona el valor justicia como criterio de interpretación, lo considera como algo subjetivo⁵⁷.

4. HACIA UN MODELO MÁS REALISTA DE SISTEMA JURÍDICO

El paradigma sistémico positivista no sirve, pues, para dar cuenta de muchos de estos fenómenos. Por eso, algunos autores acuden a las nuevas teorías sobre análisis de sistemas con el propósito de encontrar un concepto de sistema más flexible que sea capaz de hacerse cargo de esta situación compleja recién descrita.

Debido a ella, Kerchove y Ost afirman que el sistema jurídico no se adapta bien a los modelos teóricos tradicionales de sistema: ni al sistema-cálculo de Leibniz, ni al sistema-máquina de Bentham, ni al sistema organismo de Savigny. Eso no significa, a su juicio, que haya que desechar la idea de sistema, pero sí que es preciso abandonar la clásica concepción de sistema como *conjunto* y entenderlo más bien como una *red*, una red de procesos generadores de las propiedades que los componentes aisladamente no poseen⁵⁸.

Esta concepción permite, en su opinión, dar cuenta de sistemas complejos como el derecho, que son sistemas que se desarrollan en medio de un aparente desorden. Se trata de sistemas menos previsibles que muestran una estructura en forma de «jerarquía enredada», en la cual los distintos niveles interactúan y se influyen entre sí, formando «bucles extraños». Estos conceptos permiten explicar los fenómenos de distorsión de las supuestas jerarquías⁵⁹. Asimismo, esta clase de sistemas, por su flexibilidad, refleja mejor la dimensión valorativa del derecho y es compatible con la presencia de principios generales, adaptándose adecuadamente al hecho de la novedad que siempre entraña el caso concreto⁶⁰.

En esta línea de apertura a la realidad, Canaris, en *El sistema en la jurisprudencia*⁶¹, ha desarrollado específicamente la idea de sistema como ordenamiento axiológico o teleológico de principios generales del derecho a partir de la constatación de que la idea de sistema es una exigencia de los valores de justicia y seguri-

⁵⁷ *Vid.* Cap. V, ep. 6.3.

⁵⁸ M. VAN DE KERCHOVE y F. OST, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, cit., p. 34.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 105-106.

⁶⁰ En esta línea de apertura, Kalinowski ha trazado en *Metateoría del sistema normativo* las grandes líneas de un modelo de sistema abierto a la experiencia y al derecho natural. Cfr. Georges KALINOWSKI, *Metateoría del sistema normativo*, trad. de E. de Massini y C. Massini, Mendoza (Argentina), Idearium, [s.f.e.].

⁶¹ Claus-Wilhelm CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, trad. de J. A. García Amado, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998.

dad⁶². A juicio de este autor, en esta clase de sistema, la unidad y la coherencia se hacen patentes en las valoraciones básicas en el nivel de dichos principios. Se trata de una idea similar a la idea de orden de valores, pero más concreta. Los principios tienen un modo de operar particular: no rigen sin excepción; pueden entrar entre sí en contraposición; no comportan la pretensión de exclusividad; despliegan su verdadero contenido en un juego de recíproca complementación y limitación, y necesitan la concreción mediante principios subordinados y valoraciones singulares con contenido material propio. A diferencia de los axiomas su fórmula no es: «siempre que..., entonces...», sino: «en principio...», que es una característica del pensamiento teleológico, incompatible con el sistema axiomático⁶³.

Pues bien, este pensamiento teleológico está especialmente orientado a los problemas específicos y es el único que permite dar cuenta de la argumentación jurisprudencial, porque la tarea de esta clase de pensamiento no es la de hallar el contenido *a priori* de una correcta regulación, sino únicamente el pensar hasta sus últimas consecuencias una valoración previamente sentada, trasladarla a casos comparables, eliminar contradicciones con otras valoraciones sentadas y evitar contradicciones a la hora de establecer nuevas valoraciones⁶⁴.

Es un método que se diferencia de la tópica en que está *hermenéuticamente* orientado; porque las preguntas que surgen no las contempla como problemas particulares aislados (tópica), sino siguiendo la tendencia generalizadora de la justicia y, por ello, procediendo sistemáticamente, trata de que esos problemas se inserten en problemáticas más generales y de que puedan ser solucionados sobre el trasfondo del orden jurídico en su conjunto, es decir, del sistema *teleológicamente* entendido⁶⁵. No obstante, reconoce el papel de la tópica en el desarrollo *praeter legem* del derecho, sistemáticamente orientado, especialmente en la concreción de los principios generales del derecho e incluso en el surgimiento de nuevos principios jurídicos⁶⁶.

5. CONCLUSIÓN

En resumen, a tenor del análisis precedente las teorías expuestas presentan las siguientes deficiencias estructurales. En primer lugar, un notable elemento

⁶² *Ibid.*, pp. 24-26.

⁶³ *Ibid.*, pp. 55-68.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 54.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 167.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 170-172.

ideológico vinculado al estatalismo y al positivismo jurídico. En segundo lugar, un grave problema para asumir con todas sus consecuencias la presencia real de valores y principios como un elemento imprescindible de una buena práctica jurídica. Y, en tercer lugar, un esquematismo que les impide ajustarse a otro fenómeno real del derecho actual, como es el desbordamiento de las fuentes tradicionales del derecho. Por todo ello, sin renunciar a la idea de sistema, es preciso buscar modelos alternativos, como los apuntados en este epílogo.