



Teorías del sistema jurídico
ÓSCAR VERGARA (ED.)

18

Colección filosofía, derecho y sociedad



Teorías del sistema jurídico

Óscar Vergara (Ed.)

Editorial Comares

ÓSCAR VERGARA (ED.)

TEORÍAS DEL SISTEMA
JURÍDICO

GRANADA, 2009

sis de las fuentes, y en relación con ella la tesis legalista, en razón de la importancia implícita del criterio de origen en su modelo, que relativiza la función de agentes de la juridicidad de los órganos primarios. En segundo lugar, la tesis imperativista, en atención al alcance y la subordinación de las normas permisivas respecto de las normas que imponen deberes, y al contenido y repercusiones de algunas tesis de la doctrina de la individuación que parecen desembocar en una suerte de norma general de libertad. Ésta, amén de resultar desmentida por la práctica y la realidad del derecho, aboca a la teoría de Raz a una paradójica conclusión: contradecir su teoría de la subordinación de las normas permisivas recién señalada. Finalmente, podría pensarse que también adopta la tesis de la aplicación lógica o mecanicista, a partir de la naturaleza ejecutiva de la actividad de los órganos primarios, aunque relativizada por el reconocimiento de cierta actividad creadora, así como de la concepción interpretativa y del razonamiento jurídico de Raz. Con todo, en razón de la ausencia de una verdadera teoría de la interpretación y aplicación del derecho en su obra, no existe una respuesta acabada para esta cuestión en el pensamiento de Raz.

Por último, he intentado mostrar cómo Raz puede identificarse también con la tesis axiológica, con un positivismo ideológico débil o moderado. La noción de sistema jurídico como sistema excluyente lo sitúa en la estirpe de la tradición del positivismo analítico (Hobbes, Bentham, Austin)³⁵⁸. Raz acaba derivando la normatividad y la obediencia de la existencia: lo jurídico, en tanto resultado de la actividad de la autoridad, ha de ser obedecido. Presume la justificación de las directivas y mandatos de la autoridad, a partir del origen o el procedimiento, y no afirma la inclusión de una valoración sobre la corrección material (moral) o justicia de dichas normas o directivas autoritativas.

³⁵⁸ Raz reconoce, por otra parte, la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral de naturaleza «política». Cfr. *EAP*, 245.

CAPÍTULO V
SISTEMAS JURÍDICOS Y SISTEMAS NORMATIVOS
EN EL PENSAMIENTO DE C. E. ALCHOURRÓN
Y E. BULYGIN

ÓSCAR VERGARA

A pesar del tiempo transcurrido, *Normative Systems*¹, de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, sigue siendo hoy, junto con los posteriores desarrollos y mejoras incorporadas por los autores, una de las aportaciones más actuales y relevantes en materia de sistemas jurídicos. Este hecho se refleja en el libro que en homenaje a dichos profesores edita el profesor Garzón Valdés y otros, en el que realizan aportaciones algunos de los más destacados representantes de la Filosofía del Derecho contemporánea en el panorama internacional². Asimismo, cabe citar el volumen 28 de la revista *Rechtstheorie*, que contiene una sección titulada «Veinticinco años de "Normative Systems" en la Teoría jurídica y moral»³, donde profesores de renombre confirman este alcance internacional. En el editorial, Krawietz señala aquel libro como uno de los «hitos de la investigación fundamental de la Ciencia jurídica de la segunda mitad del siglo XX»⁴. Aarnio, a su vez, resal-

¹ Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Normative Systems*, Viena, Springer, 1971. Cuatro años más tarde, esta obra fue traducida directamente al español por los propios autores con un título bastante distinto: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Atrea, 1975, cuya 1.ª reimpresión, de 1987, es la que manejaremos a lo largo del presente capítulo. Debido al carácter auténtico de la traducción, omitimos todo cotejo con la original inglesa. Nos referiremos a esta obra con la abreviatura *IMCS*.

² Vid. AA VV, *Normative Systems in Legal and Moral Theory. «Festschrift» for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Ernesto GARZÓN VALDÉS, Werner KRAWIETZ, Georg Henrik von WRIGHT, Ruth ZIMMERLING (eds.), Berlín, Duncker & Humblot, 1997.

³ El título original completo es: «Twenty-Five Years "Normative Systems" in Legal and Moral Theory: Homage to Carlos E. Alchourrón (1931-1996) and Eugenio Bulygin in Buenos Aires», en *Rechtstheorie*, 28/3 (1997), pp. 251-298.

⁴ Werner KRAWIETZ, «Editorial», en *Rechtstheorie*, 28/3 (1997), p. 251. Cfr. también W. KRAWIETZ, «Symbolic Forms and Formal Design in Music, Morals and Legal Systems. Instead of an Address to "Alchourrón y Bulygin"», en *Rechtstheorie*, 28/3 (1997), pp. 280-281.

ta el hecho de que, nada más se hubo publicado, «se convirtió en un clásico, y sus autores Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, conocidos en todo el mundo»⁵. Y Fiss interpreta el éxito de *Normative Systems* como señal de su extraordinaria capacidad intelectual, la cual glosa él en su contribución⁶. La Filosofía jurídica española no es una excepción, como ha señalado Calsamiglia, quien menciona a Atienza como el primero en interesarse por la Filosofía del Derecho argentina⁷.

Ciertamente, Alchourrón y Bulygin constituyen un hito en la investigación lógica específicamente jurídica. Normalmente, los lógicos deónticos, al hablar de obligaciones, prohibiciones y permisiones, han pensado por lo común en normas *morales*. Pero esto presenta una serie de problemas. Por un lado, porque no existe —al menos así lo estiman ellos— una Ciencia moral bien constituida. Y, por otro lado, porque no es fácil identificar el contenido de un sistema moral, al no existir normas oficiales, como sucede con las legisladas. Para evitar estos problemas, Alchourrón y Bulygin han partido directamente de las normas jurídicas en orden a elaborar su concepto de sistema normativo. Con esto discurren por un camino muy poco transitado, que confiere gran novedad a su intento. Con anterioridad, muy poca atención se había dedicado a la lógica de las normas jurídicas, lo que había tenido, estiman estos autores, consecuencias «muy lamentables para la Ciencia jurídica», habiendo sumido a la metodología jurídica en un estado de subdesarrollo que le ha impedido aprovechar los avances conceptuales elaborados por quienes trabajan en la fundamentación de las Matemáticas o de la Física. A su juicio, los problemas tradicionales de la Filosofía jurídica pueden ser provechosamente abordados bajo la luz de las modernas investigaciones lógicas y metodológicas. En particular, la noción de *sistema normativo*, piensan, es especialmente adecuada⁸.

No es nueva la idea de considerar el derecho como un conjunto sistemático de normas. Pero no sirve de mucho entender el sistema jurídico como el conjunto de *todas* las normas válidas, cuya validez se deriva de una fuente común, bien

⁵ Aulis AARNIO, «Two two Masters», en *Rechtstheorie*, 28/3 (1997), p. 252.

⁶ Cfr. Owen FISS, «Discipline and Passion», en *Rechtstheorie*, 28/3 (1997), pp. 269-271. Sobre los méritos intelectuales y humanos de Alchourrón, vid. E. GARZÓN VALDÉS, «Carlos Alchourrón as a Scholar and Friend, Three Brief Memories», en *Rechtstheorie*, 28/3 (1997), pp. 273-276; Roberto J. VERNENGO, «Carlos E. Alchourrón (1931-1996)», en *Doxa* 19 (1996), pp. 21-29.

⁷ Cfr. Albert CALSAMIGLIA, «Analytical Legal Philosophy: From Argentina to Spain», en *Rechtstheorie*, 28/3 (1997), pp. 260 y 261. En otros países se da una situación similar. Así lo pone de manifiesto Comanducci en relación con Italia. Cfr. Paolo COMANDUCCI, «Alchourrón, Bulygin and Italian Legal Theory», en *Rechtstheorie*, 28/3 (1997), pp. 263 ss.

⁸ Cfr. IMCS, pp. 20-21.

sea el soberano (Austin), la norma fundamental (Kelsen) o la regla de reconocimiento (Hart), pues un jurista no desea saber si el orden jurídico en su totalidad es completo o coherente, sino que su interés se reduce a la cuestión particular de si determinado conjunto específico de normas ofrece o no solución a un determinado problema específico⁹.

En contra de este feliz atisbo de sensatez, alguien podría argüir que esto es sólo una simple cuestión de economía. El caso sería análogo al de quien, necesitando saber cómo llegar a un punto geográfico concreto, toma el mapa de carreteras con la atención puesta únicamente en aquéllas que conducen al punto deseado; empero, es preciso que el mapa abarque un ámbito geográfico más amplio, que, no resultando de interés en este caso, lo pueda ser en otros. No podemos estar de acuerdo con esta opinión porque la interpretación del derecho, si ha de ser útil, no puede hacerse en abstracto, sino a la luz de los casos concretos. A su vez, éstos se interpretan a la luz del derecho, en un ir y venir de la mirada del caso a la norma y de la norma al caso que sirve para aquilatar la solución jurídica más ajustada¹⁰.

Por otro lado, no se puede negar la existencia en el derecho de una gran laguna metodológica, al no señalar cuál es el método de interpretación o la combinación de ellos que ha de aplicarse en cada caso, sino que es el juez el que debe escogerlo en función de las circunstancias. Tampoco la doctrina ha alcanzado un acuerdo en este punto. En consecuencia, si hemos de sistematizar todo el derecho, ¿con arreglo a qué método? Éste es el error en que incurrieron los filósofos racionalistas cuando elaboraron sus sistemas de derecho natural, causante principal del lamentable divorcio entre la Filosofía del derecho y la práctica jurídica¹¹.

Otra ventaja de la teoría de Alchourrón y Bulygin es que, de modo realista, las notas de integridad, coherencia e independencia son consideradas no como postulados acerca de la realidad, sino como ideales a alcanzar. De hecho, en *Normative Systems* son explicadas a partir de su problemática: las lagunas, las

⁹ *Ibid.*, p. 23.

¹⁰ Cfr. Karl ENGISCH *Logische Studien zur Gesetzanwendung*, 3.^a ed., Heidelberg, 1963, p. 15, cit. por Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Salamanca, Cervantes, 1991, p. 210. A Rodríguez Molinero se debe precisamente la feliz traducción del «Hin- und Herwandern des Blickes» de Engisch. Ya Gadamer había dicho que «la aplicación no es una parte y eventual del fenómeno de la comprensión, sino que determina a éste desde el principio y en su conjunto» (Hans Georg GADAMER, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca, Sígueme, 1991, p. 396).

¹¹ Cfr. Francisco CARPINTERO BENÍTEZ, *Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 135 ss.

incoherencias y las redundancias. En particular, el concepto de laguna es el hilo conductor de esta obra, y pretende constituir una de sus contribuciones específicas a la Teoría del derecho. Para Alchourrón y Bulygin, una laguna es «una relación entre un conjunto de normas (un sistema normativo), un conjunto de circunstancias fácticas o casos posibles (un Universo de casos) y un conjunto de respuestas o soluciones posibles (un Universo de Soluciones)»¹².

Teniendo en cuenta esta noción y, atendidas las dificultades de las teorías¹³ tradicionales de los sistemas jurídicos mencionadas arriba, los profesores argentinos elaboran un concepto general de sistema normativo basado en algunas ideas de Alfred Tarski. Así, definen el sistema normativo como «un conjunto de enunciados que tiene (algunas) consecuencias normativas (para algún Universo de Casos y algún Universo de Soluciones)»¹⁴. Más adelante se explican las ventajas de este planteamiento. Otras fuentes de influencia, reconocidas por los autores, son Georg Henrik von Wright y Rudolf Carnap¹⁵.

Antes de pasar a exponer la teoría del sistema jurídico de Alchourrón y Bulygin según la estructura adoptada en esta obra conviene, puesto que constituye su punto de partida, caracterizar con algunas notas su concepto de sistema normativo.

1. LOS SISTEMAS NORMATIVOS

La elaboración del concepto de sistema normativo efectuada por estos autores parte, según hemos anticipado, del concepto de laguna, el cual es explicado con cierta complejidad mediante un lenguaje formalizado, si bien procurando que quien no está versado en la lógica jurídica pueda entenderlo. Aquí haremos abstracción

¹² *IMCS*, p. 23.

¹³ Una caracterización lógica y metateórica de «teoría» y «cambios de teorías», en C. E. ALCHOURRÓN, «Cambios de teorías e ideales racionales», en *Segundo Simposio Internacional de Filosofía* (Oaxaca, Mx., 1981), vol. I, México, UNAM, 1986-1987, pp. 111-125. Este trabajo tiene su origen en una investigación conjunta de Alchourrón y David Makinson, cuyos resultados pueden verse en C. E. ALCHOURRÓN y D. MAKINSON, «Hierarchies of Regulations and their Logic», en R. HILPINEN (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-Londres, Reidel Pub., 1981, pp. 125-148, y en C. E. ALCHOURRÓN y D. MAKINSON, «On the Logic of the Theorie of Change: Contraction Functions and their Associated Revision Functions», en *Theoria* (Suecia) 48 (1982), parte I, pp. 14-37.

¹⁴ *IMCS*, p. 23.

¹⁵ Además de Hans Kelsen, Alf Ross y H. L. A. Hart, los tres filósofos del derecho de quienes afirman haber aprendido más. *Cfr. IMCS*, p. 11.

de los enunciados lógico-formales que componen el desarrollo deductivo de sus planteamientos y consignaremos sus resultados en lenguaje natural.

Como hemos señalado, el punto de partida para analizar los sistemas normativos es el concepto de laguna definido en términos relacionales. A partir de ahí, tras diversas operaciones lógicas, Alchourrón y Bulygin reducen un sistema de normas seleccionadas a partir de un caso concreto a un diagrama en el que, en torno a un eje, se ordenan las normas del sistema, mientras que en torno al otro eje, se sitúan los distintos casos que en función de las circunstancias o propiedades relevantes son lógicamente posibles. El resultado de cruzar casos con normas es una tabla que contiene el conjunto de todas las respuestas completas a la pregunta formulada: si tal conducta es obligatoria o facultativa o está prohibida o permitida (recuérdese que el sistema tiene interés en función de su capacidad para contribuir a la solución de un problema concreto). Desde un punto de vista teórico, no obstante, se pueden extraer los siguientes puntos de interés de la diagramación: a) Cuando en la línea correspondiente a un caso no aparece ninguna solución, en ese caso estamos ante una laguna del sistema. b) Cuando en una línea figuran dos o más soluciones diferentes e incompatibles (v. gr., p es obligatorio; p está prohibido), el sistema normativo es incoherente. c) Por último, se puede afirmar que un sistema es redundante si para un caso la misma solución figura más de una vez en su línea correspondiente¹⁶.

En lo que a nosotros interesa, de lo antedicho se pueden extraer las siguientes consecuencias:

1.º) No son asimilables los conceptos de incoherencia y de laguna. Se trata de fenómenos distintos, como también lo son los procedimientos que los juristas usan para resolver sendos problemas. En el caso de las lagunas, los juristas intentan encontrar una solución, ya sea introduciendo nuevas normas, ya sea extendiendo el alcance de las normas existentes (v. gr., mediante el argumento por analogía, el argumento *a contrario*, los principios generales del derecho, la naturaleza jurídica de una institución, la naturaleza de las cosas, etc.). Por el contrario, ante el problema de las antinomias se procede a la inversa, eliminando las soluciones superfluas, restringiendo el alcance de alguna de las normas y a veces suprimiéndolas del todo (v. gr., por medio de las reglas de la ley especial, de la ley posterior o de la ley superior)¹⁷.

¹⁶ *Cfr. IMCS*, cap. I. Sobre este punto puede consultarse también C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Lagunas del derecho y análisis de los casos*, Buenos Aires, Buschi, 1971, que se corresponde con los dos primeros capítulos de *IMCS*.

¹⁷ *Cfr. IMCS*, p. 44.

2.º) La cuestión acerca de la existencia de lagunas es siempre relativa a un sistema normativo. Esto implica que el mismo caso puede tener soluciones distintas en sistemas diferentes. No cabe determinar si un sistema es completo o coherente antes de haber determinado, en primer lugar, el ámbito de todos los casos posibles (Universo de Casos) y, en segundo lugar, el de todas las soluciones posibles (Universo de Soluciones Maximales)¹⁸.

Hay otra contribución importante que contribuye a arrojar claridad sobre el concepto de interpretación¹⁹, y es la distinción entre casos individuales y casos genéricos. Según afirman Alchourrón y Bulygin, la infinitud de los casos posibles no implica la imposibilidad de solucionar todos los casos. Esto es así porque la solución de todos los casos genéricos de un Universo de Casos soluciona todos los casos individuales. Este hecho hace posible la legislación; el legislador puede solucionar un número infinito de casos por medio de normas generales. *Sólo si no soluciona un caso genérico tendrá el ordenamiento jurídico una laguna normativa*. Esto es, el problema de las lagunas, para estos autores, sólo se da en el nivel de los casos genéricos, no en el de los individuales. Por tanto, no se puede alegar el carácter mudable de la realidad social como origen de lagunas. Alchourrón y Bulygin consideran preciso separar con nitidez el conjunto de problemas de tipo conceptual que se suscitan en el nivel de los casos genéricos y de las normas generales de los problemas empíricos y semánticos que se producen en la aplicación de las normas generales a los casos individuales.

Los problemas de clasificación o subsunción de un caso individual pueden tener su origen en dos fuentes distintas: a) falta de información acerca de los hechos del caso y b) indeterminación semántica o vaguedad de los conceptos generales. Lo primero puede ser remediable mediante la técnica de las presunciones legales, mientras que lo segundo es a lo sumo mitigable por medio de los términos técnicos. Comoquiera que muchas veces se emplea el término «laguna» para designar estos problemas, Alchourrón y Bulygin se ven obligados a introducir algunas precisiones terminológicas. Así, para referirse a los supuestos que acabamos de mencionar, hablan respectivamente de «lagunas de conocimiento» y «lagunas de reconocimiento». Esta distinción permite apreciar que, aunque un sistema normativo sea completo (normativamente), esto es, solucione todos los casos posibles, genéricos e individuales, no excluye la posibilidad de que aparezcan lagunas de

¹⁸ *Ibid.*, pp. 48-49.

¹⁹ Sobre la interpretación, *cfr.* E. BULYGIN, «Sull' interpretazione giuridica», en E. BULYGIN, *Norme, validità, sistema normativi*, Turín, 1995, pp. 257-277.

reconocimiento²⁰. Estas lagunas se corresponden con lo que Hart denomina «problemas de penumbra»²¹. Si bien, reconocen, estos problemas son actual o potencialmente ineludibles, hablar de «lagunas» para referirse a ellos, al menos sin distinguir entre lagunas normativas y lagunas de reconocimiento, lleva a numerosas confusiones. Así, hay muchos autores, en particular los que se encuadran en el denominado realismo jurídico, que basándose en este hecho pretenden que el derecho es esencialmente incompleto, cuando el problema de la completitud es un problema normativo, no empírico. Los casos de penumbra no aparecen —explican Alchourrón y Bulygin— porque al derecho le falte algo, sino que son debidos a ciertas propiedades semánticas del lenguaje en general²².

En todo caso, los profesores argentinos parten de una nueva concepción de sistema, basada como dijimos en ciertas definiciones de Tarski, en la que es de notar que el peso se traslada del plano de los principios (axiomas y postulados) al concepto de *consecuencia normativa*²³.

Esta nueva perspectiva trae causa del abandono del ideal aristotélico de la Ciencia que estuvo vigente hasta el s. XX. La tesis que sostienen Alchourrón y Bulygin es que los errores de la dogmática jurídica están asociados a la concepción clásica de sistema vinculada a aquel ideal. Esta concepción es la misma que manejan los autores realistas, en su caso para desecharla, poniendo en tela de juicio el ideal mismo de la sistematización, con lo que —ironizan— «curan la enfermedad matando al enfermo». Pues bien, la concepción moderna de sistema permite, a juicio de ellos, superar los errores en la sistematización llevada a cabo desde el punto de vista de la dogmática jurídica *sin matar al enfermo*²⁴.

En efecto, según Alchourrón y Bulygin, el ideal aristotélico de Ciencia está basado en los siguientes postulados:

«I. *Postulado de la Realidad*: Todo enunciado científico debe referirse a un dominio específico de entidades reales.

»II. *Postulado de la Verdad*: Todo enunciado científico debe ser verdadero.

²⁰ Alchourrón y Bulygin precisan que las lagunas de conocimiento son de hecho eliminadas en la práctica judicial por medio de presunciones. En general, sobre estos extremos, *vid.* IMCS, p. 57-64. Asimismo, E. BULYGIN, «Sull' interpretazione giuridica», *cit.*, pp. 269-270.

²¹ *Cfr.* H. L. A. HART, «Positivism and the Separation of Law and Morals», en *Harvard Law Review* 71 (1958), pp. 593-629.

²² *Cfr.* IMCS, pp. 64-65.

²³ *Cfr.* A. TARSKI, *Introduction to Logic and to the Methodology of Deductive Sciences*, Oxford, 1946; *Logic, Semantics, Mathematics*, Oxford, 1956.

²⁴ *Cfr.* IMCS, pp. 81-82.

»III. *Postulado de la Deducción*: Si determinados enunciados pertenecen a una ciencia, toda consecuencia lógica de esos enunciados debe pertenecer a esa ciencia.

»IV. *Postulado de la Evidencia*: En toda ciencia debe existir un número finito de enunciados tales, que a) la verdad de ellos sea tan obvia, que no necesite prueba alguna; b) la verdad de todos los demás enunciados pertenecientes a esa ciencia pueda establecerse por medio de la inferencia lógica a partir de aquellos enunciados»²⁵.

Este exigente ideal de Ciencia entra en crisis alrededor del año 1600, cuando la práctica científica pone de manifiesto que *no es posible* satisfacer simultáneamente todos los postulados. Esto trae como consecuencia que el ideal aristotélico se quiebra y la Ciencia se escinde en dos categorías distintas, las Ciencias empíricas y las Ciencias racionales. Las primeras están representadas especialmente por la Física de Galileo y la de Newton. Se parte de datos experimentales y se procede por análisis. Se adecua, por tanto, a los postulados de la realidad y de la verdad, pero no necesariamente a los de la deducción y la evidencia. En cuanto a las segundas, tienen como arquetipo a las Matemáticas, y se ajustan a los postulados de la evidencia, de la deducción y de la verdad, pero no necesariamente al de la realidad. Esta escisión se refleja también en la Filosofía, que, a partir de Descartes y Locke, se divide también en dos corrientes análogas: racionalismo y empirismo²⁶.

Sin embargo, los últimos desarrollos en la fundamentación de las ciencias se caracterizan por una nueva concepción de sistema que se aleja decididamente del ideal de la evidencia y que atenúa la mencionada dicotomía entre Ciencias racionales y Ciencias empíricas. Más en particular, en las Ciencias racionales o formales, *además de abandonarse el postulado de la evidencia*, se aplica una concepción más rigurosa de la deducción debido al surgimiento de la lógica simbólica. A su vez, en las Ciencias empíricas, *se atenúa el postulado de la realidad* para dar cabida a la construcción de sistemas deductivos. Por lo que a nosotros interesa, tanto en unas como en otras opera el *mismo concepto de sistema*. Las diferencias entre ambas clases de ciencias se desplaza hacia el problema de la selección de los enunciados primitivos del sistema, que en las Ciencias empíricas se determinan empíricamente (no se exige evidencia, pero sí enunciados verdaderos acerca de la realidad), mientras que en las racionales no es precisa ni la evidencia ni la realidad de los enunciados, sino que atiende a sus

²⁵ *Ibid.*, p. 83.

²⁶ En este análisis, Alchourrón y Bulygin siguen a Beth. Cfr. E. W. BETH, *The Foundations of Mathematics*, Amsterdam, 1959, pp. 31 ss. Vid. *IMCS*, pp. 82-84.

propiedades formales: coherencia, completitud e independencia. En consecuencia, cabe distinguir *dos clases de problemas*: a) empíricos, que tienen que ver con la elección de la base en las Ciencias empíricas y b) racionales o lógicos, que se refieren a la deducción de las consecuencias de la base. Éstos son los *problemas de sistematización*, que son básicamente los mismos en ambas ciencias²⁷.

En suma, la noción de consecuencia deductiva pasa a ocupar el lugar central en la axiomática moderna. Alchourrón y Bulygin, con carácter general, definen el sistema axiomático como «la totalidad de las consecuencias que se siguen de un conjunto finito de enunciados, llamado *base axiomática* o simplemente *base* del sistema». Cualquier conjunto de enunciados puede servir de base para un sistema axiomático. El único requisito es que su número tiene que ser finito. Asimismo, un sistema no pierde su condición de tal por el hecho de que sea incompleto, incoherente o redundante²⁸. En definitiva, el sistema axiomático es una especie del género sistema deductivo, que en la definición de Tarski equivale a un *conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias*²⁹.

Según Alchourrón y Bulygin, la construcción de un sistema axiomático puede llevarse a cabo de dos modos:

»a) Cuando el punto de partida es un sistema deductivo, el problema consiste en hallar una base axiomática, es decir, un conjunto finito de enunciados, del que puedan inferirse como consecuencias todos los enunciados del sistema originario.

»b) Cuando el punto de partida es un conjunto finito de enunciados, el problema consiste en inferir *todas* las consecuencias de los enunciados primitivos (que funcionan como axiomas)³⁰.

Este segundo método, precisan, es el más frecuente en derecho.

Los intentos, precisamente, de sistematizar el derecho son antiguos. Si bien el derecho era para los juristas romanos una Ciencia y un arte, es decir, algo eminentemente práctico, casuístico, por influencia de la Dialéctica y la Retórica griegas algunos juristas republicanos, especialmente Quinto Mucio Escévola y Servio Sulpicio Rufo, se aplicaron a estudiar el derecho civil mediante la distinción de géneros y especies. Según Pomponio, Quinto Mucio Escévola «fue el

²⁷ Cfr. *IMCS*, pp. 84-85.

²⁸ En cuanto a la determinación de las reglas de inferencia, hay que señalar que depende de cada sistema particular, pero Alchourrón y Bulygin, siguiendo a Tarski, mencionan una serie de exigencias mínimas que debe cumplir toda noción de consecuencia. Vid. *IMCS*, pp. 86-87.

²⁹ Cfr. *IMCS*, p. 88.

³⁰ *Ibid.*, pp. 88-89.

primero en sistematizar el derecho civil en una obra de diez y ocho libros»³¹. Esta obra de derecho civil establecía el siguiente orden de materias: herencia, personas, cosas, obligaciones, y fue uno de los modelos más seguidos por los juristas posteriores que lo comentaron³².

Sin mencionar estos precedentes, Alchourrón y Bulygin se refieren en primer lugar a los intentos de dotar a la Ciencia jurídica de una estructura *more geometrico*, que es un fenómeno característico de los ss. XVII y XVIII. Autores como Grocio, Pufendorf, Kant, Fichte, etc., partiendo de principios evidentes, crean grandes sistemas racionales. La Ciencia jurídica aquí cumple con los postulados de la evidencia y de la deducción, pero se debilita el postulado de la realidad, resultando una Ciencia jurídica con un acentuado carácter ideal. En el s. XIX, sin embargo, como consecuencia de la codificación, se abandona el derecho natural y nace la dogmática jurídica, donde los axiomas del sistema jurídico no son ya principios inmutables y evidentes, sino las normas positivas. El jurista dogmático, por medio de la inducción jurídica, debe hallar los principios generales que informan estas normas positivas e inferir las consecuencias de los principios y de las normas positivas. Se parte del postulado de la completitud del derecho y se busca, en consecuencia, solucionar todos los casos posibles. Sigue siendo, en todo caso, una Ciencia racional, donde importan más las propiedades formales del sistema (completitud, coherencia, independencia) que la realidad³³.

Los profesores argentinos también hacen referencia a los intentos de fundar una Ciencia jurídica sobre base empírica que se sucedieron en la primera mitad del s. XX. Autores como Geny, Heck, Kantorowicz, Duguit, Pound o movimientos como el realismo jurídico americano (donde mencionan a Holmes, Cardozo, Gray, Llewellyn, Frank) o el realismo jurídico escandinavo (Hägerström, Lundstedt, Olivecrona, Ross) intentan basar la verdad de los enunciados de la Ciencia jurídica en las observaciones de los hechos empíricos, a imagen y semejanza de las demás Ciencias empíricas. Se oponen con fuerza a cualquier sistematización y rechazan la misma idea de sistema. Pasan la Ciencia jurídica del ámbito de las Ciencias racionales al de las Ciencias empíricas, pero entendidas ambas a la manera tradicional. Como los dogmáticos, también conciben el sistema a la manera clásica, en este caso para rechazarlo. Para Alchourrón y Bulygin, todo esto no representa ningún avance. El carácter em-

³¹ D. 1.2.2.41.

³² En efecto, a él se debe la primera exposición ordenada del *ius civile*. Cfr. Álvaro D'ORS, *Derecho privado romano*, 7.ª ed., Pamplona, EUNSA, 1989, §30; Manuel J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Casos. Acciones. Instituciones*, 13.ª ed., Madrid, Ediciones Académicas, 2004, p. 102.

³³ Cfr. IMCS, pp. 89-91.

pírico de una Ciencia, opinan, no es incompatible con su estructura deductiva. Es más, en la concepción moderna, la sistematización de los enunciados científicos constituye una de las tareas más importantes de la Ciencia. La diferencia entre ambos tipos de Ciencia radica básicamente en los criterios de selección de enunciados primitivos, no en la deducción de los enunciados derivados³⁴.

En consecuencia, ya no es posible hablar de Ciencias puramente formales o puramente empíricas. Del mismo modo, la Ciencia jurídica no es ni puramente racional ni puramente empírica. En su seno se suscitan tanto problemas lógicos como problemas empíricos. Alchourrón y Bulygin postulan, en consecuencia abandonar la noción clásica de sistema. Así, afirman:

- a) Que existe un concepto de sistema que se puede aprovechar en el ámbito jurídico.
- b) Que la sistematización es una de las tareas fundamentales del jurista.
- c) Que la Ciencia del derecho se plantea tanto problemas lógicos como problemas empíricos.

Para la sistematización del derecho es básico el concepto de sistema normativo. Vimos que, para Tarski, un sistema deductivo es un conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias. Y un sistema axiomático, la totalidad de las consecuencias de un conjunto finito de enunciados. Pues bien, partiendo de estas definiciones y teniendo en cuenta que para Alchourrón y Bulygin la función del sistema normativo es establecer correlaciones entre casos y soluciones, obtenemos que sistema normativo viene a ser «un sistema de enunciados que tiene consecuencias normativas»³⁵.

De esta caracterización obtenemos las siguientes ventajas para la Ciencia jurídica³⁶:

- a) *Nada se dice acerca de los enunciados que componen el sistema.* Sólo se exige para que un conjunto de enunciados sea un conjunto normativo el que tenga consecuencias normativas. Con ello se evitan determinados problemas que implica definir el sistema normativo como un conjunto de normas. Aquéllos tienen su raíz en el hecho de que muchas veces los sistemas normativos contienen enunciados que no son normas propiamente, como, por ejemplo, las definiciones de palabras, las declaraciones políticas, las expresiones de propósitos, las reglas conceptuales, etc.³⁷.

³⁴ *Ibid.*, pp. 91-92.

³⁵ Esto es una síntesis de lo que Alchourrón y Bulygin exponen de una manera mucho más prolija y circunstanciada, pero basta a nuestros fines. Cfr. IMCS, pp. 92-96.

³⁶ IMCS, pp. 97-100.

³⁷ Recordemos que este hecho obligaba a Kelsen a recurrir a una complicada teoría de la norma incompleta. Acerca de la crítica de esta teoría, *vid.* IMCS, pp. 97-98.

b) *Nada se dice acerca de los enunciados que constituyen la base del sistema.* Pueden ser los contenidos en un código o en una ley, pero también los extraídos de las sentencias judiciales o los provenientes del derecho natural. Tampoco importa el número de enunciados de la base. Como se señaló arriba, la elección de una u otra base depende únicamente del interés de quien construye el sistema. Los sistemas omnicomprendivos no son prácticos; mayor interés tienen aquellos que sistematizan pequeñas áreas.

c) *No se prejuzga acerca del status ontológico de las normas.* No se dice que las normas son enunciados (entidades lingüísticas), ni se dice qué clase de existencia tienen. Sólo se presupone que las normas son expresables en lenguaje por medio de enunciados.

Por último se debe mencionar que las propiedades formales de los sistemas normativos, que estudiaremos más adelante, son las siguientes:

- a) Completitud.
- b) Independencia.
- c) Coherencia.

2. LOS SISTEMAS JURÍDICOS

El concepto de sistema goza de una amplia difusión en la Ciencia del derecho. A pesar de ello, su uso, a juicio de Alchourrón y Bulygin, adolece de gran ambigüedad. Son, opinan, muchos los esfuerzos que se han hecho para elucidar el concepto³⁸. Bulygin menciona dos grandes conceptos de sistema. Por un lado, el concepto de sistema deductivo, utilizado por la dogmática jurídica para sistematizar las normas jurídicas eliminando las lagunas y contradicciones. Y, por otro lado, el concepto dinámico de sistema, que es un concepto específicamente normativo basado en la idea de validez, en cuya elaboración han destacado Kelsen y Wright³⁹.

³⁸ Estos autores ofrecen un sumario de hasta ocho ideas de orden jurídico muy difundidas entre los juristas, que ofrecen un aspecto más bien intuitivo. Vid. C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Sobre el concepto de orden jurídico», en *Crítica* 8 (1976), pp. 3-23; posteriormente en ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991, pp. 393-407, en particular pp. 395-398.

³⁹ Cfr. E. BULYGIN, «Zwei Systembegriffe in der rechtsphilosophischen Problematik», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 8 (1967), pp. 329-342. Opina Bulygin que la falta de distinción entre los dos conceptos de sistema y su concepto amplio de validez (que abarca tanto la existencia, como la obligatoriedad de las normas) conduce a Kelsen a contradicciones.

Alchourrón y Bulygin presentan, sin embargo, un modelo alternativo, considerando los sistemas jurídicos como una subclase de los sistemas normativos.

En este intento procuran evitar definir el todo por las partes, esto es, el sistema jurídico por las normas jurídicas, prefiriendo definir las partes —las normas jurídicas— por el todo —el sistema jurídico—. Con esto pretenden esquivar el callejón sin salida al que en su opinión llega la Teoría pura del derecho cuando, al considerar la norma jurídica al margen del sistema, se define como aquella que establece una sanción coercitiva y socialmente organizada, lo que contrasta con un hecho indiscutible: sólo algunos artículos de los códigos penales se ajustan totalmente a esa definición.

Kelsen ha tratado de esquivar este problema de dos maneras. En un primer momento, considerando que toda norma que no responde a esa estructura es una norma incompleta o un fragmento de norma. Sin embargo, esto hace muy problemática la tarea de identificar esta clase de normas jurídicas. Por ello, en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* introduce la así bautizada por Alchourrón y Bulygin «teoría de la norma no independiente». Según esta teoría, las normas que no son propiamente coercitivas no son normas incompletas, sino entidades no independientes. Estas normas no independientes se supone que sólo tienen carácter jurídico en conexión con las normas que establecen sanciones⁴⁰. Ahora bien, esto equivale a abandonar la pretensión de definir la norma jurídica en sí misma y sustituirla por una definición relativa al sistema jurídico, que es justamente lo que Alchourrón y Bulygin se proponen expresamente⁴¹.

De esta manera se evita tener que definir toda norma jurídica como norma sancionadora y puede ser considerado jurídico un sistema normativo que no prevea sanciones, porque puede ser concebido como un subsistema de un sistema jurídico. Con ello estamos en condiciones de dar cuenta de la diversidad de enunciados jurídicos, entre los que Alchourrón y Bulygin distinguen⁴²:

1) *Enunciados que prescriben actos coactivos.*—Estos son normativos y jurídicos como «por derecho propio», pues permiten calificar como jurídico el sistema jurídico.

2) *Enunciados que ordenan, prohíben o permiten conductas, pero que no establecen sanciones.*—Se trata de enunciados normativos que sólo son jurídicos en la medida en que forman parte de un sistema jurídico. Aquí entran las

⁴⁰ Cfr. *RR*², p. 237; [*TP*², p. 241].

⁴¹ Cfr. *IMCS*, pp. 105-106.

⁴² *Ibid.*, pp. 106-107.

normas de competencia, que en *IMCS* consideran una subclase de las permisivas⁴³.

3) *Enunciados que no son normativos, pero que influyen en los efectos normativos de otros enunciados.*—Éstos, si tienen relevancia normativa, es en conexión con otras normas. Son jurídicos en tanto en cuanto integran el sistema jurídico. El ejemplo más característico lo constituyen las definiciones o postulados de significación⁴⁴.

4) *Enunciados que no tienen influencia alguna sobre las consecuencias normativas del sistema.*—Se trata de aquellos que presentan teorías políticas, expresan agradecimientos, invocan la protección divina, etc. Carecen de relevancia normativa y jurídica. A juicio de los profesores argentinos el problema de considerarlos o no como parte del sistema jurídico no es un problema demasiado relevante y no deja de ser razonable excluirlos, como hace Kelsen.

3. LA EXISTENCIA DEL SISTEMA JURÍDICO

La cuestión de la existencia del sistema jurídico no tiene fácil solución porque Alchourrón y Bulygin no la tratan expresamente como una cuestión independiente de la identidad de las normas jurídicas que forman el sistema. Por un lado parece claro, a tenor de lo expuesto arriba, que un sistema jurídico existe cuando un jurista tiene interés en desplegar todas las consecuencias normativas de un conjunto determinado de enunciados jurídicos. Éste sería un primer nivel de respuesta. El sistema jurídico, como sabemos, es fruto de la actividad libre del jurista. En función de su interés, el jurista focaliza su atención en parcelas concretas de ese conjunto, de las que extrae todas sus consecuencias lógicas. Por lo tanto, parece que no se puede hablar de sistematización mientras no se haya acotado un conjunto de enunciados de derecho⁴⁵.

⁴³ Posteriormente, Bulygin ha afirmado que la explicación de estas normas en términos de permisión es más bien problemática; por eso se decanta por explicarlas en términos de *reglas conceptuales o constitutivas*. Cfr. E. BULYGIN, «On Competence Norms», trad. castellana del autor: «Sobre las normas de competencia», en ALCHOURRÓN Y BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, cit., pp. 485-498.

⁴⁴ Acerca de las definiciones y de su distinción de las normas, vid. C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Definiciones y normas», en E. BULYGIN; M. FARRELL; C. S. NINO, y E. A. RABOSI, *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, pp. 11-42.

⁴⁵ Como vimos, estos autores insisten en que el jurista no puede interesarse por todos los problemas del derecho, sino que centra su atención en uno solo o en un conjunto limitado de problemas, que hace materia de su estudio. Se interesa por «el *status* normativo que el derecho confiere a

Ahora bien, adviértase que ese conjunto de enunciados es precisamente un conjunto de enunciados *de derecho*. Esto significa que su carácter jurídico es anterior a su sistematización. Así, pues, para proceder a la sistematización hay que identificar una serie finita de enunciados jurídicos. Pero no se puede sistematizar lo que no existe. Luego las normas jurídicas tienen que existir con independencia del sistema jurídico. Sin embargo, como acabamos de ver, las normas jurídicas lo son en relación a un sistema jurídico.

Los profesores argentinos soslayan esta cuestión haciendo objeto de estudio el ordenamiento en su conjunto, entendido como el conjunto de enunciados de derecho válidos. Consecuentemente, las normas jurídicas existen con independencia del sistema jurídico parcial formado por el jurista focalizado en la solución de un caso. Pero las normas jurídicas son jurídicas en tanto en cuanto forman parte de un sistema jurídico total como conjunto de todos los enunciados de derecho válidos. Creemos importante introducir esta distinción porque dicha ambivalencia puede dar lugar a confusiones. En efecto, a tenor de su teoría, es posible admitir en la base principios de derecho natural. Pero éstos no figuran en el sistema jurídico total, al no ser válidos. ¿Con base en qué introducirlos? En este epígrafe nos ocuparemos del que acabamos de denominar sistema jurídico parcial. Del sistema jurídico total se tratará en el epígrafe 4.

Según Alchourrón y Bulygin, los juristas llaman válidos a los enunciados que consideran admisibles para figurar en la base de un sistema jurídico (parcial) y también a las consecuencias de tales enunciados⁴⁶. Lo primero, la admisibilidad para integrar la base, se determina según ciertos criterios dados (como puede ser, por ejemplo, el procedimiento legislativo para la ley), mientras que las consecuencias normativas de tales enunciados se determinan por medio de un conjunto de reglas de inferencia⁴⁷.

En definitiva, si bien la elección de la materia es «arbitraria», en el sentido de que depende del interés del jurista, la selección de los enunciados que han de integrar la base del sistema está determinada por dos factores:

ciertas conductas (Universo de Acciones) en ciertas circunstancias (Universo de Discurso). Por tanto, el Universo de Acciones determina la materia sistematizable, y su extensión depende de su interés.

⁴⁶ Cfr. *IMCS*, p. 115. No obstante, no es exactamente lo mismo existencia que validez, como luego tendremos ocasión de precisar, desdihando los conceptos de existencia, validez, pertenencia, aplicabilidad y obligatoriedad. Vid. ep. 4.2.3.

⁴⁷ Estas reglas no han sido demasiado estudiadas por los juristas. En opinión de los autores, sólo muy recientemente los filósofos del derecho se han interesado por la lógica jurídica, cuyo tratamiento sistemático se debe, afirman, a Wright. A este respecto cabe citar el trabajo de G. H. VON WRIGHT, «Deontic Logic», en *Mind* 60 (1951).

- a) Los enunciados de la base deben ser válidos.
- b) La base debe contener todos los enunciados que tengan consecuencias normativas para la materia elegida⁴⁸.

Aquí, como dijimos, nos ceñiremos a la cuestión de la construcción por el jurista de un sistema jurídico. No debemos perder de vista que el sistema jurídico (parcial) no es un hecho bruto, sino un producto elaborado, y esta elaboración pretende responder a un ideal o arquetipo⁴⁹. Esto se comprende mejor examinando la génesis del sistema jurídico. Por ello subdividiremos este epígrafe sobre la existencia del sistema jurídico en dos subepígrafes en los que se examinarán ambos aspectos: cómo se elabora el sistema y de acuerdo con qué principios.

3.1. La elaboración del sistema jurídico

Para Alchourrón y Bulygin, sistematizar un conjunto de enunciados consiste en la determinación de las consecuencias normativas para una materia dada. Éstos son sus presupuestos:

a) *Un problema o conjunto de problemas (materia)*.—A la Ciencia del derecho le interesa determinar el *status* normativo que el derecho confiere a ciertas conductas (universo de acciones) en ciertas circunstancias. El universo de acciones determina la materia. La extensión depende del interés del jurista. Es importante destacar que se trata de un sector de problemas limitado.

b) *Enunciados de derecho que regulan dicha materia*.—Se trata del conjunto de enunciados de derecho que constituyen su base axiomática. Como vemos, los juristas llaman válidos a los enunciados que consideran admisibles para figurar en la base de un sistema jurídico, así como a las consecuencias de tales enunciados.

c) *Reglas de inferencia*.—Sirven para determinar las mencionadas consecuencias. Los juristas no suelen estudiarlas con detenimiento. Únicamente, a juicio de Alchourrón y Bulygin, los filósofos del derecho han empezado a interesarse por ellas sobre todo a partir de *Deontic Logic* (1951), de Wright⁵⁰.

⁴⁸ Esto último se ve altamente facilitado por el legislador, que tiene tendencia a legislar sistemáticamente. Ello no sucede en el caso de la jurisprudencia, lo que dificulta la selección (cfr. *IMCS*, pp. 122-123).

⁴⁹ Cfr. E. BULYGIN, «Legal Dogmatics and the Systematization of Law», en *Rechtstheorie, Beiheft* 10, 1986; recogido como «Dogmática jurídica y sistematización del derecho», trad. del autor, en *Análisis lógico y derecho, cit.*, pp. 465-484, en particular p. 477.

⁵⁰ Cfr. G. H. VON WRIGHT, «Deontic Logic», *cit.*

Pues bien, estos tres elementos configuran el contenido del sistema jurídico. La labor del científico consiste en «formularlo explícitamente y, a lo más, en reorganizarlo», bajo el presupuesto de que «la ciencia no "crea", sino sólo conoce o describe el derecho»⁵¹. Lo primero se explica con lo segundo. Es decir, la Ciencia del derecho no puede ir más allá, para estos autores, de la mera descripción del derecho, lo que significa que no pueden crear derecho, no que se tengan que limitar a retratar el derecho tal y como es, pues, como venimos diciendo, el jurista aplica a los enunciados de derecho válidos el filtro de la lógica, lo que le permite reformularlo. Ahora bien, una cosa es reformular el sistema y otra cosa es ajustar el sistema. Lo primero implica hablar de sistemas normativamente equivalentes. Lo segundo, implica una modificación del sistema. De esta vía de modificación del sistema trataremos abajo. Nos centramos ahora en la reformulación. Ésta se puede realizar a través de tres etapas:

1.^a) *Determinación del universo de casos y del universo de soluciones*.—La determinación del segundo no ofrece problemas, porque es función del universo de acciones: se trata de determinar el *status* normativo de ciertas acciones que pueden realizarse en ciertas circunstancias, lo cual depende del interés del jurista. V. gr., nos interesa averiguar si el propietario de un inmueble puede reivindicarlo contra un tercero poseedor o no. Sin embargo, la determinación del universo de casos (v. gr., si el enajenante actuó de buena fe, si asimismo lo hizo el adquirente o si la enajenación fue a título oneroso) no sólo depende del universo del discurso (en este ejemplo consiste en la enajenación de un inmueble que pertenece a un tercero). Como señalan Alchourrón y Bulygin, el universo de casos es el resultado de una clasificación de los elementos del universo del discurso sobre la base de unas propiedades (en este caso la buena fe del enajenante, la buena fe del adquirente y el título oneroso). Pero para determinar el universo de casos es necesario saber cuáles son las propiedades relevantes. Por lo común éstas se extraen de los enunciados de derecho que son la base del sistema (v. gr., es el propio Código civil el que menciona los casos de buena o mala fe o título oneroso). Sin embargo, a veces se usan otros criterios que no ha tenido en cuenta el derecho⁵². Es el problema de las lagunas axiológicas, que ya examinamos arriba.

2.^a) *Derivación de las consecuencias de la base*.—Una vez determinados el universo de casos y el universo de soluciones, se aplican unas reglas de inferencia que permiten desplegar el sistema. A partir de aquí estamos en condicio-

⁵¹ *IMCS*, p. 117.

⁵² *Ibidem*.

nes de descubrir las propiedades formales del sistema: coherencia y completitud, y las de la base: independencia (no redundancia).

3.^a) *Reformulación del sistema*.—Consiste en la sustitución de la base originaria por otra. Esto se suele hacer sobre todo cuando el número de enunciados de la base es muy elevado. Se trata de una simplificación que no altera el sistema.

Comoquiera que la sistematización permite identificar los casos de incoherencia o laguna, el jurista puede formular *propuestas* para la modificación del sistema, pero es una actividad que excede del marco de la mera sistematización⁵³. Más adelante señalan dos maneras de evitar estos posibles defectos del sistema.

La manera más segura consiste en solucionar caso por caso mediante normas elementales (casuismo). Su defecto principal reside en que determina una sobreabundancia de normas, lo que atenta contra el principio de economía⁵⁴. Éste impone que los enunciados de la base, y en particular sus normas, sean lo más generales posible.

La otra manera es, pues, solucionar los casos mediante normas lo más generales posible. Tiene la ventaja de que facilita un número de enunciados relativamente pequeño, lo que permite una mejor visión del conjunto y un manejo más práctico y fácil. El peligro que tiene es que hace más difícil prever todas las consecuencias, facilitando que se planteen problemas de incompletitud, incoherencia o redundancia. A pesar de ello, esta técnica, observan Alchourrón y Bulygin, goza de más favor que la casuista⁵⁵.

Pero no todos los defectos mencionados tienen el mismo alcance. En efecto, como señalan los autores, la incompletitud y la incoherencia afectan al sistema mismo, requiriéndose para su eliminación la modificación del sistema, o sea, una nueva construcción. Sin embargo, la redundancia y el casuismo no afectan al sistema, sino a su presentación o formulación. Ahora bien, «se considera, por lo común» que el científico no puede crear derecho nuevo. Esto equivale a afirmar que no puede eliminar lagunas e incoherencias, sino sólo formular «*propuestas* para su eliminación»⁵⁶. Sí puede, en cambio, eliminar libremente las redundancias y el casuismo reformulando la base del sistema. De hecho, ésta ha sido considerada tradicionalmente como una de las tareas más importantes de la

⁵³ *Ibid.*, p. 118.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 125.

⁵⁵ *Ibid.*, p., pp. 125-126.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 127.

Ciencia dogmática del derecho. No deja de ser verdadero, afirman Alchourrón y Bulygin, que la reformulación va ligada a la elaboración de las denominadas partes generales y los principios generales del derecho⁵⁷.

En este sentido, la finalidad principal de la reformulación, en su opinión, radica en el hallazgo de normas generales y consiste en la sustitución de la base del sistema por otra base nueva, más reducida y general pero normativamente equivalente. Por tanto, comoquiera que la tarea del científico del derecho no consiste en la modificación del derecho, es justo el reproche que se le hace a la denominada jurisprudencia de conceptos, que pretendía extraer nuevo derecho a través de la construcción jurídica⁵⁸.

Alchourrón y Bulygin observan que normalmente el legislador procede sistemáticamente. Cuando así sucede, la reformulación tiene el carácter de tarea complementaria. La importancia de la reformulación se pone de manifiesto, lógicamente, cuando falta esa sistematización previa, como suele ser el caso de la jurisprudencia. También es importante en relación con la elaboración de las partes generales de las distintas materias, así como en la elaboración de los principios generales⁵⁹.

3.2. El sistema jurídico ideal

Hasta ahora hemos visto que el sistema jurídico es el resultado de un proceso. A partir de ciertos enunciados de derecho válidos que regulan un problema o materia, el jurista extrae todas sus consecuencias normativas por medio de la utilización de los recursos de la lógica. Esto permite advertir los posibles «defectos» del sistema (incompletitud, incoherencia, redundancia). De ellos, el jurista sólo puede eliminar las redundancias, pues sólo al legislador corresponde crear nuevo derecho, en opinión de Alchourrón y Bulygin. En cambio puede proponer modificaciones. No vamos a valorar esta limitación, pero estas consideraciones ponen de manifiesto el arquetipo del sistema jurídico. Un sistema jurídico debe ser completo, coherente e independiente, aunque de hecho no lo sea. En el último capítulo de *IMCS*, los profesores argentinos estudian el *ideal de completitud*, que tiende a confundirse con el postulado de la plenitud hermética del derecho y que por eso ha sido muy

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 128.

⁵⁹ Para los autores «es muy difícil, si no del todo imposible, trazar una línea divisoria entre normas y principios» (*cfr. IMCS*, p. 129).

criticado, según ellos sin razón⁶⁰. Veamos cómo defienden el ideal de completitud.

Para empezar, se trata —consideran— de un ideal que no es exclusivo de los juristas, sino compartido con los demás científicos⁶¹. No tiene tampoco carácter político, sino racional. Es una regla ideal de los sistemas normativos y está intrínsecamente ligada a su función principal, que consiste en hacer posible la adjudicación de un significado normativo a las acciones humanas⁶².

Este ideal común a todos los sistemas científicos se fundamenta en el presupuesto de que todos los fenómenos son explicables. En efecto, los sistemas científicos deben ser completos porque no hay nada que no pueda ser explicado⁶³. Análogamente, el ideal de completitud normativa presupone que todos los casos son solucionables. La hipótesis de casos no solucionables sería aquí tan irracional como la hipótesis de fenómenos inexplicables⁶⁴.

Junto a la exigencia de plenitud está la exigencia de coherencia, que justamente se fundamenta en el otro gran principio expresado, el de no contradicción. En este caso, pues que está libre de la sospecha de ideologización, observan Alchourrón y Bulygin que nunca ha sido puesto en duda seriamente⁶⁵.

Esto no pasa con el ideal de plenitud, que aparece normalmente vinculado con el liberalismo, el positivismo, etc. Para Alchourrón y Bulygin, sin embargo, esto tiene que ver con el error de no distinguir entre el ideal de plenitud y el postulado de ple-

⁶⁰ Este tema también puede seguirse, casi sin variaciones, en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «La clausura de sistemas normativos y el postulado de la plenitud hermética del derecho», en F. MIRÓ QUESADA y R. CARRIÓN (eds.), *Antología de la lógica en América Latina*, Valencia (Venezuela)-Madrid, 1988, pp. 245-282.

⁶¹ Cfr. E. BULYGIN, «Die Ideale der Vollständigkeit und der Widerspruchsfreiheit im wissenschaftlichen Denken», en H. PFEIFFER (ed.), *Denken und Umdenken. Zu Werk und Wirkung von Werner Heisenberg*, Munich, 1977, pp. 90-101, donde se da cuenta de la importancia que han tenido siempre los ideales de plenitud y coherencia, tanto en las Ciencias axiomáticas, como en las Ciencias naturales, desde Aristóteles hasta Gödel y Heisenberg: «En este sentido —escribe Bulygin— se puede establecer una analogía entre los resultados de Gödel y Heisenberg: ambas teorías tienen como resultado la acentuación del carácter ideal de la plenitud, frente a la arraigada tendencia de proyectar el ideal sobre la realidad y considerarlo como un hecho» (BULYGIN, «Die Ideale...», p. 98).

⁶² Cfr. *IMCS*, pp. 226 ss.

⁶³ *Nihil est sine ratione*. Estamos, a juicio de Alchourrón y Bulygin, ante el principio más general de razón suficiente, expresado por Leibniz, el cual principio, junto con el de no contradicción, constituyen para este filósofo los dos grandes principios que gobiernan nuestra razón. Cfr. *IMCS*, p. 231.

⁶⁴ Cfr. *IMCS*, pp. 231-232.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 232.

nitid; dicho de otro modo, entre la *exigencia* de que los sistemas normativos sean completos y la *afirmación* de que algunos lo sean. Porque decir que la plenitud es un ideal no implica decir que el ideal se haya realizado, lo que sería confundir el ideal y la realidad. Lamentablemente, en la Ciencia del derecho es muy habitual este error. Sus máximos exponentes sean quizás Zitelmann y Kelsen, que claramente han afirmado que la plenitud del derecho es un hecho⁶⁶.

Alchourrón y Bulygin califican esta confusión como una «ilusión racionalista» (si por racionalismo se entiende la tendencia que atribuye a la razón mayores facultades que las que efectivamente posee). Asimismo señalan que hay muchos autores que han incurrido en este error, y también aparece implícito en muchas legislaciones. Se basa, opinan, en tres principios, los cuales, si bien aisladamente considerados, son perfectamente razonables, combinados entre sí resultan incoherentes. Son los siguientes:

a) *Principio de inexcusabilidad*: los jueces deben resolver todos los casos de cuyo conocimiento sean competentes.

b) *Principio de justificación*: las resoluciones de los jueces deben ser fundadas.

c) *Principio de legalidad*: las resoluciones judiciales deben fundarse en normas de derecho.

Pues bien, estos tres principios combinados postulan la plenitud como verdadera. En efecto, puesto que se le obliga a ello, y no se puede obligar a lo imposible, se presupone que el juez puede justificadamente resolver todos los casos de acuerdo con la legalidad vigente, y esto no es así, o no lo es en la mayor parte de los casos, con alguna excepción como puede ser el derecho penal liberal, que contiene la regla de clausura *nullum crimen sine lege*⁶⁷.

En realidad, este postulado de la plenitud hermética es una ficción que tiende a ocultar que los tres principios mencionados son insostenibles de consuno. Sin embargo, se trata de principios fuertemente arraigados en el pensamiento jurídico, lo que no deja de ser razonable, considerados uno por uno:

a) El principio de inexcusabilidad obedece a razones prácticas muy atendibles que tienen que ver con la resolución de conflictos y el mantenimiento del orden social.

b) El de justificación tampoco tiene trascendencia ideológica alguna, y sólo expresa la exigencia racional de que los jueces no resuelvan los casos arbitrariamente.

⁶⁶ Cfr. E. BULYGIN, «Die Ideale der Vollständigkeit und der Widerspruchsfreiheit im wissenschaftlichen Denken», en H. PFEIFFER (ed.), *Denken und Umdenken...*, cit., p. 98.

⁶⁷ Cfr. *IMCS*, pp. 235-238. Las siguientes consideraciones pueden verse también en BULYGIN, «Die Ideale...», cit., pp. 99-101.

c) En cuanto al de legalidad, en fin, las cosas son bien distintas, pues éste sí que está ligado a la ideología liberal y positivista. Habiendo cifrado el ideal de completitud en el derecho positivo, realizó un notable esfuerzo por alcanzar dicho ideal de plenitud a través de la codificación. Sin embargo, se acabó confundiendo el ideal con la realidad, proclamando dogmáticamente que todos los órdenes jurídicos positivos son completos⁶⁸.

Sin embargo, si no confundimos el ideal con la realidad, la crítica de este postulado no debe ir acompañada del rechazo al ideal de plenitud, el cual, lejos de tener un origen ideológico, es para estos autores puramente racional.

4. LA IDENTIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO

Las consideraciones precedentes pertenecen a un concepto estático de sistema jurídico. Según éste, existe un sistema cuando un jurista lo elabora a partir de un conjunto de enunciados jurídicos de los que extrae todas sus consecuencias lógicas, procurando en todo momento que cumpla con las exigencias de plenitud, coherencia e independencia. Sin embargo, no se tiene en cuenta la posibilidad de que los enunciados de derecho válidos cambien (v. gr., a través de la promulgación o de la derogación). *IMCS* se corresponde con el concepto de un sistema estático. La cuestión del cambio no se aborda por estos autores hasta 1976, en «Sobre el concepto de orden jurídico»⁶⁹, y 1979, en «Sobre la existencia de las normas jurídicas»⁷⁰. Porque, en efecto, los enunciados jurídicos cambian a lo largo del tiempo: se promulgan normas, se derogan otras y algunas se modifican. Esto determina que la aplicación de los mismos criterios de identificación en momentos diferentes dé lugar a resultados diferentes. Por ello, para Alchourrón y Bulygin, todos los sistemas normativos son, en la terminología acuñada por Raz, «momentáneos», es decir, relativos a un momento cronológico dado⁷¹.

⁶⁸ Cfr. *IMCS*, pp. 238-240. No deja de ser curioso, sin embargo, como exponen estos autores, que este dogma también es compartido muchas veces por los mismos enemigos del positivismo jurídico, que tendiendo a ampliar el conjunto de las normas válidas, proceden después a atribuirle la misma característica que tenía el conjunto original en la concepción positivista: la plenitud, confundiendo nuevamente el ideal con la realidad. Cfr. *IMCS*, pp. 240-241.

⁶⁹ ALCHOURRÓN-BULYGIN, «Sobre el concepto de orden jurídico», *cit.*

⁷⁰ ALCHOURRÓN-BULYGIN, «Sobre la existencia de las normas jurídicas», Valencia (Venezuela), Univ. de Carabobo, 1979. Existe una posterior edición, México, Fontamara, 1997, que es la que aquí manejaremos.

⁷¹ Cfr. Joseph RAZ, *CSJ*, pp. 225 ss.

Sin embargo, a través de esta perspectiva dinámica Alchourrón y Bulygin parecen deslizarse hacia la consideración del sistema jurídico como el conjunto de todos los enunciados de derecho válidos —lo que arriba denominamos sistema jurídico total—, pues, como vamos a ver, un acto de promulgación, de derogación o de modificación va a determinar un nuevo sistema jurídico, con independencia de la dimensión problemática en que trabaja el jurista y que determina bases axiomáticas particulares, adoptándose, pues, una posición global, que viene a coincidir con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Bajo este aspecto, si el sistema jurídico se concibe como un conjunto de enunciados jurídicos (más sus consecuencias lógicas), entonces tiene que estar referido a un momento cronológico dado, de modo que todo cambio supone que el conjunto deje de ser el mismo y se convierta en otro distinto. Así, pues, un sistema dinámico no puede ser un conjunto de enunciados jurídicos, sino una familia de conjuntos de enunciados jurídicos, o más precisamente una secuencia temporal de conjuntos⁷².

Esta consideración lleva a Alchourrón y Bulygin a introducir en 1976 una interesante distinción terminológica entre «sistema jurídico» y «orden jurídico» como secuencia de sistemas jurídicos⁷³, distinción que parece haber prosperado en la literatura especializada⁷⁴. Es análoga a la efectuada por Raz entre sistema jurídico momentáneo y sistema jurídico, analizada arriba, pero matizadamente. Raz parece entender por sistema momentáneo la totalidad de las normas jurídicas que forman parte del derecho de un país en un momento determinado; pero el concepto de sistema de Alchourrón y Bulygin es más flexible, porque, puede estar formado por cualquier conjunto de enunciados jurídicos, lo que permite acercarse más a la forma en que trabajan los juristas, a quienes sólo en contadas ocasiones podría interesar reconstruir un sistema global conformado por todas las normas de un derecho nacional. Por otro lado, el término «momentáneo» no es demasiado adecuado, ya que pro-

⁷² A no ser que el cambio se limite a eliminar normas redundantes, sin incurrir por ello en lagunas o contradicciones, pues el sistema seguiría siendo el mismo.

⁷³ Cfr. C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Sobre el concepto de orden jurídico», *cit.*, p. 397. Cfr. también E. BULYGIN, «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», en *Doxa* 9 (1991), pp. 259-260. Bulygin, para el ámbito germánico, presenta la distinción entre «Rechtsordnung» y «Normensystem» en E. BULYGIN, «Normensystem und Rechtsordnung», en H. MAYER et al. (eds.), *Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift Robert Walter*, Viena, 1990, pp. 97-103, en particular p. 97.

⁷⁴ Cfr. Ricardo A. CARACCILO, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, CEC, 1988, p. 19; J. J. MORESO y P. NAVARRO, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la estructura de los sistemas jurídicos*, Madrid, CEC, 1993, p. 42; J. J. MORESO y J. M. VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 115.

duce la idea de que el sistema tiene una duración muy corta, cuando no tiene por qué ser así. En realidad, el sistema es relativo a un intervalo temporal entre dos actos de creación o derogación normativa y este intervalo, sobre todo en el caso de sistemas formados por unas pocas normas, puede ser relativamente largo⁷⁵. Tampoco está claro si Raz entiende por «sistema jurídico» un conjunto de sistemas momentáneos o un conjunto de disposiciones (todas las disposiciones que pertenecen a todos los sistemas momentáneos que corresponden al sistema jurídico en cuestión). En todo caso, para Alchourrón y Bulygin, el concepto interesante es el de sistema jurídico entendido como conjunto de todos los sistemas momentáneos; no el conjunto de todas las disposiciones de todos los sistemas momentáneos, «pues este último conjunto sería irremediablemente inconsistente, ya que contendría todas las normas derogadas y las que fueron dictadas en su lugar»⁷⁶. Por ello, parece más aconsejable el empleo de la distinción trazada por Alchourrón y Bulygin.

En cualquier caso, ésta obliga a distinguir entre dos tipos de problemas que se refieren a la identidad: la identidad del orden jurídico y la identidad de un sistema jurídico⁷⁷. La primera cuestión estudia cuándo una secuencia de sistemas pertenece al mismo orden jurídico y cuándo se interrumpe esa secuencia y surge un nuevo orden jurídico, distinto del anterior. Para ello es necesario explicar los criterios de pertenencia de los sistemas a un orden jurídico. El segundo problema, en cambio, se centra en la determinación del contenido de un sistema jurídico global correspondiente a un determinado intervalo temporal. Ello exige conocer los criterios de pertenencia de las normas al sistema en cuestión⁷⁸.

4.1. Identificación de un sistema jurídico

Aquí, como decimos, se trata de determinar el contenido de un sistema jurídico global correspondiente a un determinado intervalo temporal. Los criterios de pertenencia de las normas al sistema jurídico son los siguientes:

⁷⁵ Cfr. E. BULYGIN, «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *cit.*, pp. 259-260.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 260.

⁷⁷ Caracciolo denomina al problema de la identidad del orden jurídico el «problema de la identidad» y al problema de la identidad del sistema jurídico el «problema de la estructura». Cfr. R. CARACCILO, *El sistema jurídico*, *cit.*, p. 57. Para Bulygin y Mendonca, los dos problemas son problemas de identidad, si bien admiten que se pueda hablar del problema de la estructura atendiendo al hecho de que los criterios de pertenencia de las normas al sistema determinan la estructura de éste. Cfr. E. BULYGIN y Daniel MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 47.

⁷⁸ Cfr. E. BULYGIN, «Algunas consideraciones...», *cit.*, p. 261.

1.º) Criterio de legalidad.

2.º) Criterio de deducibilidad.

De acuerdo con el criterio de legalidad, una norma pertenece al sistema si ha sido promulgada por una autoridad competente del sistema. De acuerdo con el criterio de deducibilidad, una norma pertenece al sistema cuando es consecuencia lógica de las normas pertenecientes al sistema. Las relaciones de legalidad y las relaciones de deducibilidad determinan la estructura del sistema⁷⁹. Éstos son los dos únicos criterios que se consideran en *IMCS*, como consecuencia de que, como dijimos, en esta obra se estudia el sistema jurídico desde un punto de vista estático.

Sin embargo, estos criterios no son suficientes. Con posterioridad a *IMCS*, Alchourrón y Bulygin centran su atención en una clase de normas que pertenecen al sistema al margen de los dos criterios mencionados. Se trata de las normas que pertenecen a la base de un orden jurídico. Bulygin, siguiendo a Caracciolo, las denomina «normas independientes». Son normas que pertenecen al sistema extensionalmente, por enumeración. En 2005, Bulygin denomina al conjunto de ellas «sistema originario»⁸⁰. En la terminología de Kelsen equivale a la primera constitución.

En su opinión, todo orden jurídico surge a partir de un sistema de normas independientes. Éstas pertenecen a todos los sistemas subsiguientes de ese orden, a no ser que sean derogadas o modificadas en el futuro por autoridades competentes. Todos los sistemas pertenecientes a ese orden, con la excepción del primero, se originan a partir del sistema inmediatamente anterior mediante la adición de normas nuevas (como consecuencia de actos de promulgación) o por medio de la sustracción de normas (como consecuencia de actos de derogación) y, en última instancia, a partir del sistema originario de normas independientes. Las normas contenidas en esta primera constitución y todas sus consecuencias lógicas forman el primero de una serie temporal de sistemas. Para que haya tal serie es preciso, en todo caso, que la constitución tenga al menos una norma de competencia que faculte a la autoridad a promulgar nuevas normas y, eventualmente, derogar las existentes. El segundo sistema de la serie surge cuando una autoridad competente promulga o deroga una nueva norma de acuerdo con el primer sistema. De ahí se desprende, para Bulygin, que «a todo intervalo tem-

⁷⁹ Cfr. E. BULYGIN y D. MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, *cit.*, p. 47. A partir de la combinación de ambos criterios, Caracciolo distingue cuatro modelos analíticos de pertenencia. *Vid.* CARACCILO, *op. cit.*, p. 58.

⁸⁰ Cfr. E. BULYGIN y D. MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, *cit.*, p. 48.

poral entre dos actos normativos corresponde un sistema y que todo acto de promulgación y todo acto de derogación (realizados por una autoridad competente) dan lugar a un nuevo sistema que integra la serie»⁸¹.

Se desprende de lo anterior que todo orden jurídico tiene por definición una primera constitución. Ésta puede ciertamente ser modificada total o parcialmente, dando lugar a nuevas constituciones (derivadas), siempre que se establezca en ella algún procedimiento de reforma⁸².

En consecuencia, hay que añadir otro criterio de identificación a los desarrollados en *IMCS*:

3.º) Criterio de pertenencia directa de las normas independientes.

En relación con las normas independientes, Ruiz Manero ha expresado algunas reservas, preguntándose si la identificación de estas normas independientes debe considerarse un axioma o un enunciado susceptible de ser calificado como verdadero o falso. En su opinión, considerarlas un axioma, como parece hacer Bulygin, «sólo puede hacerse al precio de renunciar a distinguir entre órdenes jurídicos reales y órdenes jurídicos imaginados, añorados o propuestos»⁸³. Bulygin responde insistiendo en que hay que distinguir muy claramente entre el problema conceptual de identificación de un orden jurídico y el problema empírico de saber qué órdenes son vigentes. En efecto, las normas independientes ocupan, en su opinión, un lugar similar al de los axiomas de un sistema deductivo, de lo que se desprende que «el enunciado que identifica las normas independientes de un sistema no es un enunciado empírico, no dice nada acerca del mundo y, por ende, no es ni verdadero ni falso respecto del mundo»⁸⁴. Vigencia es una propiedad empírica de algunos órdenes jurídicos, lo mismo que la justicia, afirma, es una propiedad no empírica de ciertos órdenes jurídicos. Ambas propiedades son contingentes en el sentido de que pueden darse o no.

Como vamos a ver con más detalle en el siguiente subepígrafe, un sistema dinámico no es para Alchourrón y Bulygin un conjunto de normas, sino una secuencia de conjuntos. Lo que permanece invariable y permite hablar del mismo

⁸¹ E. BULYGIN, «Algunas consideraciones...», *cit.*, pp. 262-263.

⁸² *Ibid.*, p. 263. En 2005 añade otro corolario: la cuestión de saber si la constitución pertenece o no al orden no tiene sentido plantearla. El orden se define en términos de una primera constitución dada; no hay necesidad de ir más allá de ella. Es el primer eslabón de la cadena. *Cf.* E. BULYGIN y D. MENDONÇA, *Normas y sistemas normativos*, *cit.*, p. 49.

⁸³ Juan RUIZ MANERO, «Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin», en *Doxa*, 9 (1991), pp. 281-293, en particular p. 285.

⁸⁴ E. BULYGIN, «Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Respuesta a Juan Ruiz Manero», en *Doxa*, 9 (1991), pp. 311-318, en particular p. 313.

sistema (lo que le da identidad al sistema) son los criterios de identificación de las normas que pertenecen al sistema en cada momento. Estos criterios, o este criterio (Alchourrón y Bulygin usan el singular, si bien reconociendo que los criterios son varios) consta de dos tipos de reglas: *reglas de introducción*, que indican cuándo una norma pertenece al sistema y *reglas de eliminación*, que indican cuándo una norma deja de pertenecer al sistema⁸⁵.

Alchourrón y Bulygin evitan, a diferencia de Kelsen, identificar la validez con la obligatoriedad⁸⁶. Por validez entienden la competencia de la autoridad creadora de la norma, no su obligatoriedad. Ésta es su definición: «Una norma N_i es válida respecto a la norma $N_j = \text{df.}$ (1) N_j autoriza a la autoridad A_j a promulgar la norma N_i , y (2) la autoridad A_j ha promulgado la norma N_i ». Al opósito, «una norma N_i es inválida respecto de la norma $N_j = \text{df.}$ N_j desautoriza (=prohíbe) a la autoridad A_j a promulgar la norma N_i y la autoridad A_j ha promulgado la norma N_i »⁸⁷. De aquí se desprenden varias consecuencias:

1.º) Los conceptos de validez e invalidez no son contradictorios porque una norma puede no ser válida ni inválida respecto de otra norma. Esto se da cuando esta otra norma no permite ni prohíbe la promulgación de la primera.

2.º) Los conceptos de validez e invalidez son relativos, pues se refieren a una relación entre dos normas. Esto permite que una norma sea válida e inválida a la vez con respecto a distintas normas.

3.º) La validez y la invalidez son definidas en términos de promulgación: sólo de normas promulgadas cabe decir si son válidas o inválidas. Esto es así porque la validez y la invalidez sólo pueden predicarse con relación a normas existentes, que es lo mismo que decir promulgadas en Alchourrón y Bulygin. Esto es importante, remarcan, porque si no se recurre a este concepto no se puede definir la existencia como pertenencia al sistema. Añaden que la norma que da validez a otra (que otorga competencia a una autoridad) no necesita ser una norma expresamente promulgada, pudiendo tratarse de una norma implícitamente promulgada, por ser consecuencia de las normas promulgadas.

En función de esto, Alchourrón y Bulygin adoptan ahora la siguiente definición de «validez en un sistema»: «Una norma N_i es válida en el sistema $S_k = \text{df.}$ en el sistema S_k hay por lo menos una norma N_j tal que N_j es válida respecto de N_i »⁸⁸. Esta definición hace referencia a las normas del sistema. Pero ¿cuándo una norma pertenece al sistema?

⁸⁵ ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, *cit.*, p. 63.

⁸⁶ Algunas precisiones acerca de éstos y otros conceptos pueden verse en el ep. 4.2.3.

⁸⁷ ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, *cit.*, p. 67.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 68.

- «(1) Las normas $N_1 \dots N_n$ pertenecen al sistema S_k .
 » (2) Si la norma N_i es válida en el sistema S_k , entonces N_i pertenece a S_k .
 » (3) Si N_i es consecuencia de las normas que pertenecen a S_k , N_i pertenece a S_k »⁸⁹.

Alchourrón y Bulygin destacan tres aspectos de esta definición. En primer lugar, que no es circular, sino que es una definición «recursiva» que permite determinar en un número finito de pasos si una norma pertenece o no al sistema. En segundo lugar, que no se trata de una definición de pertenencia en general, sino de pertenencia a un sistema determinado (S_k). La primera cláusula de la definición será distinta para cada sistema. Y, en tercer lugar, que la definición hace referencia a un cierto número de normas ($N_1 \dots N_n$) que pertenecen al sistema *sin ser válidas en el sistema*. Son las mencionadas normas independientes o soberanas. Como sabemos, estas normas supremas permiten hablar de la validez de otras normas del sistema, pero ellas mismas no son válidas ni inválidas dentro del sistema⁹⁰.

Por último, hay una cuarta consecuencia que implica su definición de pertenencia, la cual desempeña un papel fundamental en la teoría de los autores; a saber, que incluye en el sistema todas las normas que sean consecuencia lógica de las normas soberanas y de las normas válidas. Las denominan «normas derivadas», por oposición a las «normas formuladas», que son las normas supremas y las normas válidas. Esto confiere carácter deductivo al sistema dinámico de normas⁹¹.

En resumen, hay tres razones por las cuales una norma puede pertenecer a un sistema: porque es suprema (señalada directamente por la definición); porque es válida en el sistema (que su validez descansa a través de la cadena de validez en las normas supremas); porque es una consecuencia lógica de las normas supremas o de las normas válidas. Como sabemos, la identidad de un sistema está dada por las normas supremas. Toda variación en ellas supone una modificación de la primera regla de introducción y, por lo tanto, del criterio de identificación del sistema⁹².

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 69. Dicho de otro modo: «Los criterios de deducibilidad y legalidad son manifiestamente insuficientes para dar cuenta de la pertenencia de todas las normas del sistema, pues presuponen que el sistema ya tiene normas, cuya pertenencia no depende de ninguno de los dos criterios». Cfr. E. BULYGIN, «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *cit.*, p. 262.

⁹¹ Cfr. ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Sobre la existencia...*, *cit.*, p. 70.

⁹² *Ibidem*.

En definitiva, para saber qué normas integran un sistema en un momento hay que saber cuáles son las normas supremas, las normas que han sido válidamente promulgadas hasta ese momento y las que fueron eliminadas antes de ese momento. En cuanto a la introducción, ¿qué normas se introducen en el sistema como resultado de un acto de *promulgación* efectuado por una autoridad competente? Pues bien, Alchourrón y Bulygin señalan que lo que se añade al sistema no es solamente una norma y sus consecuencias lógicas, sino mucho más, porque puede haber normas que no son consecuencia de las normas preexistentes y tampoco de las normas promulgadas, sino que son consecuencia de las unas y de las otras⁹³.

Por lo que se refiere a la eliminación, una norma puede dejar de pertenecer al sistema en un momento dado sin necesidad de que se realice ningún acto por parte de autoridad alguna. Es el caso de las leyes temporales, que, como advierten Alchourrón y Bulygin es un caso excepcional, siendo más frecuente que las normas sean eliminadas del sistema como consecuencia de la *derogación*.

Ésta consta, a su juicio, de dos componentes: el acto realizado por la autoridad normativa o «acto de rechazo» y la «eliminación» de ciertas normas que se opera a raíz del acto de rechazo, la cual está sujeta a ciertas reglas, las «reglas de eliminación». El acto de rechazo es una acción normativa; como la promulgación, es esencialmente un acto lingüístico. Alchourrón y Bulygin insisten en la importancia de no confundir la derogación con una norma, pues a veces se habla de «normas derogatorias», lo que es una confusión conceptual⁹⁴.

No toda derogación supone un acto de rechazo de una norma, porque puede suceder que lo que se derogue sea la formulación de una norma. Así, cuando lo que se elimina es una redundancia, esto es, una formulación superflua. En este caso no hay un acto de rechazo de una norma. Pero cuando lo hay, es necesario que la autoridad que lo realiza sea competente. En general, si una autoridad es competente para promulgar una norma, también es competente para derogarla, principio que a veces presenta excepciones (v. gr., sentencia firme). En todo caso es una cuestión de derecho positivo⁹⁵.

⁹³ Cfr. *ibid.*, pp. 73 ss.

⁹⁴ No nos detendremos en este punto, que se refiere a la teoría de la norma, la cual queda fuera de nuestro estudio. Cabe, no obstante, señalar con estos autores que si por norma se entiende una proposición con sentido normativo (que ordena, prohíbe o permite alguna conducta o un estado de cosas resultante de una conducta), entonces no hay tal cosa como una «norma derogatoria»: «Cuando el legislador dice en el artículo de una ley "Derógase el art. 7 de la ley 14.288", esto no es una norma, sino la expresión verbal de un acto de rechazo». Tampoco pueden considerarse como órdenes. Cfr. ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Sobre la existencia...*, *cit.*, pp. 79-80.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 80-81.

A continuación, Alchourrón y Bulygin examinan el caso de conflicto entre actos de promulgación y actos de rechazo, los cuales se plantean cuando una norma es promulgada y derogada por la misma autoridad o por distintas autoridades del mismo sistema⁹⁶. Se trata de actos absolutamente incompatibles, pues si el acto de promulgación tiene por finalidad introducir una norma en el sistema, el acto de rechazo, en cambio, lo que busca es eliminarla. A juicio de Alchourrón y Bulygin no hay más que tres maneras de resolver el conflicto: a) darle prioridad al acto de promulgación; b) darle prioridad al acto de rechazo, y c) considerar que los dos actos se anulan entre sí. En el primer caso, la norma queda promulgada y entra a formar parte del sistema. En el segundo, es rechazada y queda eliminada del sistema (si es que formaba parte de él). Y, en el tercero, no es ni promulgada ni rechazada. Este matiz es importante, porque si una norma ha sido rechazada por una autoridad, un acto de promulgación posterior efectuado por una autoridad de jerarquía inferior no incorpora la norma al sistema. Sin embargo, la norma que no ha sido ni promulgada ni rechazada puede ser introducida en el sistema como consecuencia de una promulgación posterior, cualquiera que sea la jerarquía de la autoridad que la promulga⁹⁷.

Las reglas que pueden usarse para resolver estos conflictos son las reglas de *lex posterior* y la de *lex superior*. Alchourrón y Bulygin descartan en este caso la regla *lex specialis* por no tener aplicación aquí. Las otras dos tienen aplicación en estos términos:

«Regla *auctoritas superior*: El acto de la autoridad de jerarquía superior (sea éste promulgación o rechazo) prevalece sobre el acto realizado por una autoridad de jerarquía inferior.

»Regla *auctoritas posterior*: El acto temporalmente posterior prevalece sobre el acto anterior»⁹⁸.

Ambas reglas, observan, tienen alcance limitado y no resuelven todos los conflictos. En cuanto a la primera, porque requiere que los conflictos sean entre actos producidos por autoridades de distinta jerarquía y que las dos autoridades sean competentes. Y, en cuanto a la segunda, porque sólo se aplica (supletoriamente respecto de la primera regla) a actos realizados en tiempos diferentes. Por ejemplo, ¿qué ocurre cuando dos actos son simultáneos y rea-

⁹⁶ Caso distinto es el de los conflictos de normas (incompatibilidades lógicas) y también lo que Kelsen denomina conflictos entre normas de distinto nivel (*vid.* cap. II, ep. 4.5).

⁹⁷ Alchourrón y Bulygin admiten la posibilidad de hablar aquí de una «laguna», siempre que se la distinga de las lagunas normativas, tal y como ellos las entienden. *Cfr.* ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Sobre la existencia...*, cit., p. 85.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 86.

lizados por autoridades de igual jerarquía o por la misma autoridad? Este conflicto no puede ser resuelto por las dos reglas. Hay que introducir una adicional que disponga que la promulgación prevalece sobre el rechazo o viceversa o que los actos se anulan entre sí. Pero, en todo caso, la regla que se adopte tendrá un «sabor de arbitrariedad», al no poder fundarse en ningún principio tradicional⁹⁹.

Hemos visto cómo Alchourrón y Bulygin examinan el supuesto de la introducción de una nueva norma en el sistema y las implicaciones lógicas que esto tiene. Lo mismo hacen con la eliminación de una norma como consecuencia de un acto de rechazo. El acto de rechazo elimina una norma, pero también todas las normas que implican esa norma, pues de lo contrario la norma no dejaría de pertenecer al sistema. La noción de rechazo implícito, al decir de los autores, es análoga a la de promulgación implícita, pero su alcance es distinto. En efecto, puede suceder que ninguna de las normas del sistema, considerada aisladamente, implique la norma rechazada, pero que ella esté implicada por alguna combinación de normas. Esto implica que esta combinación, que este conjunto de normas, quede implícitamente rechazado. «El rechazo implícito abarca, pues, todos los conjuntos de normas que implican a la norma rechazada (o de los que ella es consecuencia)»¹⁰⁰.

Observan los profesores argentinos que lo rechazado aquí no es un conjunto de normas, como ocurre en la promulgación, sino un conjunto de conjuntos, es decir, una «familia de normas», lo que complica mucho las cosas. En todo caso, no puede haber en el sistema ningún conjunto de normas rechazado, lo cual no implica necesariamente que todas y cada una de las normas que forman parte de esos conjuntos hayan de ser eliminadas, sino que, en la medida de lo posible, si no queremos afectar gravemente al orden jurídico, bastará con eliminar alguna de las normas de ese conjunto, de tal manera que el nuevo conjunto ya no implique la norma rechazada¹⁰¹.

Otra cuestión a tener en cuenta es que la operación de eliminación no está determinada, pues hay más de una manera de practicarla. Al respecto, afirman que la autoridad fija el marco dentro del cual pueden realizarse operaciones distintas con resultado distinto: «En este sentido, la autoridad no practicó una derogación, sino que fijó las condiciones para practicar una derogación, tal vez

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 91. Diversos ejemplos de derogación de normas, gráficamente explicados, pueden hallarse en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Sobre el concepto de orden jurídico», *Análisis lógico y derecho*, cit., pp. 399 ss.

¹⁰¹ *Cfr.* ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Sobre la existencia...*, cit., pp. 92-95.

delegando en otra autoridad (por ejemplo el juez) la tarea de practicar la derogación dentro del marco establecido»¹⁰².

4.2. Identificación del orden jurídico

Bajo esta rúbrica se pretende determinar cuándo una secuencia de sistemas pertenece al mismo orden jurídico y cuándo se interrumpe esa secuencia, surgiendo un nuevo orden jurídico distinto del anterior.

4.2.1. Naturaleza de la regla de identificación o de reconocimiento

La regla de identificación de un orden jurídico determinado formulada por Bulygin se corresponde con matices con la «regla de reconocimiento» de Hart¹⁰³ y con la «norma fundamental» de Kelsen. Con matices, porque para Alchourrón y Bulygin no se trata de una norma o una regla en sentido estricto, pues no se manda ni prohíbe nada, sino de una definición, es decir, de una *regla* conceptual¹⁰⁴. En particular, Bulygin ha tratado de reformular la regla de reconocimiento de Hart en términos conceptuales, aunque casi todos los comentaristas de Hart¹⁰⁵ la han considerado como una norma de conducta¹⁰⁶.

Para justificar su posición, Bulygin ofrece algunos criterios de distinción entre reglas conceptuales y normas de conducta. Así, las normas de conducta establecen deberes y prohibiciones, por lo que cabe hablar de obediencia o desobediencia en relación con ellas. Esto no es posible en relación con las reglas conceptuales, porque se limitan a definir un concepto. Por otro lado, la clase de reacciones típicas que suelen seguirse contra los que no siguen o no usan las reglas conceptuales nada tienen que ver con las que se dan en el caso de las nor-

¹⁰² *Ibid.*, p. 102.

¹⁰³ Cfr. H. L. A. HART, *CD*, p. 117.

¹⁰⁴ Cfr. C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Definiciones y normas», *cit.*, pp. 11-42.

¹⁰⁵ Cfr. J. RAZ, «The Identity of Legal Systems», en *California Law Review* 59 (1971); P. HACKER, «Hart's Philosophy of Law», en P. HACKER y J. RAZ (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 54, y del mismo autor, *H. L. A. Hart*, Londres, Edward Arnold Publishers, 1981, p. 21.

¹⁰⁶ Cfr. E. BULYGIN, «Sobre la regla de reconocimiento», en AA VV, *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp. 31-39; «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *cit.*, p. 269.

mas. Lo que se le reprocha a quien no sigue las reglas conceptuales no es desobediencia, sino ignorancia. Por ejemplo, «sería equívoco» decir que una persona que comete un error gramatical está desobedeciendo las reglas de la gramática. Diremos simplemente que tal persona «es ignorante (no conoce las reglas de la gramática) o habla otro idioma»¹⁰⁷.

Bulygin se plantea qué ocurre en los casos en que la regla de identificación no es usada correctamente. A este efecto analiza dos situaciones típicas.

Caso I.—Cuando un particular está en trance de optar por un curso de acción determinado, conviene que conozca las normas jurídicas que regulan la situación en que se encuentra. Si un particular no sabe identificar el derecho válido —no sabe cuál es la regla de identificación en uso—, puede suceder que no sepa qué debe hacer conforme a la ley en una ocasión determinada. Sin embargo, las normas —más las sanciones que aparejan en caso de desobediencia— se aplican en todo caso, pues se presume *iuris et de iure* el conocimiento del derecho. Lo mismo hay que decir en el caso de un particular que conoce el derecho válido de acuerdo con la regla de identificación, pero se niega a usarla y considera que son válidas normas que no lo son o inválidas normas que son válidas de acuerdo con aquella regla: si el particular no cumple con las obligaciones impuestas por las normas válidas del sistema, será igualmente sancionado¹⁰⁸.

Caso II.—Bulygin considera ahora el caso del juez, que antes de dirimir un pleito se encuentra en la situación de tener que averiguar cuáles son las normas jurídicas aplicables al caso. Éste tiene que formular una proposición jurídica del siguiente tenor: «Conforme al derecho, p es obligatorio (prohibido, permitido) en la circunstancia q». Se trata de una proposición que puede ser verdadera o falsa. Como veremos, el hecho de que esta proposición sea formulada por el juez no afecta en nada a su valor de verdad, aunque tenga cierta relevancia de cara a las consecuencias jurídicas que dicha formulación pueda tener. Una proposición falsa puede ser normalmente anulada por una instancia superior. Bulygin analiza esta situación con más detalle.

II a) En una primera hipótesis, el juez identifica correctamente el derecho, pero no lo cumple. V. gr., el juez dice «conforme al derecho debo castigar a este hombre [por homicidio], pero lo absuelvo». En este ejemplo, el juez no hace lo que debe hacer en derecho (aunque eventualmente haga lo que debe en conciencia) y no cumple con la obligación jurídica establecida por la ley.

¹⁰⁷ E. BULYGIN, «Sobre la regla de reconocimiento», *cit.*, p. 37.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 37-38.

Ahora bien, esta regla, en opinión de Bulygin, no surge de la norma identificada por él a través de la regla de identificación. Lo que el juez desobedece es la norma que establece que el homicidio debe ser penado, no la regla de identificación¹⁰⁹.

II b) En una segunda hipótesis, el juez no aplica la regla de identificación y lo que él considera derecho válido (sinceramente o no) no es tal conforme a la regla de identificación en uso. Él afirmaría, por ejemplo: «conforme al derecho, p es obligatorio en la circunstancia q». Pero si resulta que esta afirmación es falsa y, sin embargo, decide el caso con base en ella, su sentencia será *incorrecta* (aunque pudiera ser válida). Es una situación similar a la que vimos en relación con las reglas del lenguaje. Un juez que no aplica la regla de identificación en uso —por ignorancia u otras razones— es un mal juez, del mismo modo que quien no sabe usar correctamente las reglas de la gramática no sabe hablar bien el lenguaje en cuestión. Sin embargo, no cabe hablar de desobediencia en ninguno de los dos casos.

En opinión de Bulygin, normalmente los jueces tienen el deber de decidir los casos conforme a las normas válidas y para poder cumplir con esta obligación tienen que usar la regla de identificación. Pero esta obligación no surge de la regla de identificación misma, sino de una determinada norma del sistema identificada conforme a la regla de identificación¹¹⁰.

Opina Bulygin que la concepción de Hart y sus seguidores resulta circular. En efecto: «Al colocar en el principio una norma que obliga a los jueces a aplicar las normas que reúnen ciertos requisitos (gracias a los que se convierten en normas jurídicas válidas) y al derivar el criterio de identificación de las normas jurídicas de esta norma primera, Hart y sus secuaces se privan no sólo de la posibilidad de decir que la regla de reconocimiento entendida como una norma de conducta sea una norma jurídica válida, sino que, además, no pueden determinar quiénes son los jueces. Es que cualquier persona normal identifica a los jueces mediante normas jurídicas (jueces son los individuos nombrados por un procedimiento previsto en la constitución y en las leyes, que tienen la competencia para resolver los conflictos y las controversias mediante la aplicación de las normas jurídicas), y así lo hace también Hart, pero esto convierte su teoría en circular [...]»¹¹¹.

Algunos seguidores de Hart han tratado de romper este círculo, intentos todos ellos rebatidos por Bulygin.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 38-39.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 39.

¹¹¹ E. BULYGIN, «Algunas consideraciones...», *cit.*, p. 275.

Nino caracteriza el concepto de juez en términos fácticos. Son jueces a su juicio los que de hecho pueden determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares¹¹². MacCormick, por su parte, propone una definición normativa, pero no en términos de normas jurídicas identificadas como válidas por una regla de identificación, sino en términos de reglas sociales de deber ser¹¹³. Finalmente, Ruiz Manero, desmarcándose tanto de la propuesta de Nino —coincide con la caracterización del legislador en términos de obediencia habitual (Bentham, Austin), propuesta válidamente rebatida por Hart—, como de la de MacCormick —el concepto de juez no puede ser suficientemente caracterizado en términos de normas que prescriben deberes, puesto que lo que define al juez es el poder normativo de decidir las controversias mediante decisiones autoritativas u obligatorias—, considera que las reglas sociales que confieren poderes y fijan deberes (y de esta manera determinan quiénes son jueces) no son normas jurídicas válidas, identificadas según el criterio extraído de la regla de reconocimiento¹¹⁴.

Bulygin está de acuerdo con las críticas efectuadas por Ruiz Manero contra Nino y MacCormick, pero no comparte su propuesta. En primer lugar, no tiene en cuenta «el hecho de que existe un gran número de normas legislativas [...] que regulan minuciosamente el estatus normativo de los jueces y que los juristas y los ciudadanos usan esas normas para identificar a los jueces». En segundo lugar, estima que si ya es problemático en la construcción de Hart que el sistema jurídico esté basado en una norma no jurídica, «este inconveniente se multiplica en la teoría de Ruiz Manero, en la que el sistema jurídico presupone una variedad de normas no jurídicas llamadas “reglas sociales”, con el agravante de que esas normas son pacíficamente consideradas por los juristas como normas jurídicas genuinas». Y, en tercer lugar, considera que Ruiz Manero recurre para escapar a la circularidad a un «simple truco verbal», que consiste en «llamar “reglas sociales” a aquellas normas que determinan el estatus normativo del juez y que el resto de los mortales llama “normas jurídicas”»¹¹⁵.

Bulygin cree que estas dificultades desaparecen si se admite que no hay deberes jurídicos que no sean establecidos por normas jurídicas y que, para

¹¹² Cfr. C. S. NINO, *Introducción al análisis del derecho* (1980), Barcelona, Ariel, 1983, p. 128.

¹¹³ Cfr. N. MACCORMICK, *H. L. A. Hart, cit.*, pp. 111-115.

¹¹⁴ Cfr. J. RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y Teoría del derecho*, Madrid, CEC, 1990, pp. 133-134.

¹¹⁵ E. BULYGIN, «Algunas consideraciones...», *cit.*, pp. 277-278.

saber cuáles son las normas jurídicas tenemos que disponer de un criterio de identificación de tales normas. De ahí, la necesidad de considerar a la regla de identificación como una regla conceptual que fija los criterios de identificación de un orden jurídico y de las normas que pertenecen a los diversos sistemas de ese orden: «Desde luego, puede haber distintos criterios. Distintas personas pueden usar distintas definiciones [...], pero sólo habrá *un* orden jurídico, cuando la población en general, y, sobre todo, los jueces y otros órganos oficiales compartan la misma definición: la unidad del orden jurídico depende del hecho de que una y la misma definición sea efectivamente usada en un grupo social»¹¹⁶.

4.2.2. Formulación de la regla de identificación de un orden jurídico

Bulygin formula su propia regla de identificación, que al igual que la regla de reconocimiento de Hart, «especifica alguna característica o características cuya posesión por una norma determinada es asumida como indicación afirmativa y concluyente de que se trata de una norma del grupo»¹¹⁷. Más que de una definición se trata de un esquema definicional¹¹⁸ y su forma es la siguiente:

«1. El conjunto de normas $[N_1, N_2... N_3]$ es el sistema originario (primera constitución) de O_i .

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

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

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

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 278. Esta interpretación en términos de reglas conceptuales también la aplica en el caso de las normas de competencia.

¹¹⁷ H. L. A. HART, *CD*, p. 117.

¹¹⁸ Para ser una definición, su primera regla tendría que especificar concretamente qué normas forman parte de la primera constitución.

«5. Todas las consecuencias lógicas de las normas válidas en un sistema S_t , que pertenece a O_i , también son válidas en S_t »¹¹⁹.

A continuación, Bulygin realiza una exégesis de la regla de identificación así formulada¹²⁰. En su opinión, el criterio de identificación constituido por las reglas 1-5, al definir el orden jurídico O_i determina su estructura. Ésta viene determinada por las reglas 2-5. Las reglas 2, 3 y 4 condicionan el carácter dinámico del orden jurídico, mientras que la regla 5 determina el carácter sistemático de los sucesivos conjuntos (sistemas).

La regla 1 es la que identifica el orden O_i . Otros órdenes jurídicos se distinguen de O_i no por su estructura (es idéntica), sino por ser distinta su primera constitución (regla 1). Esta primera constitución no tiene por qué reunir ninguna característica concreta; únicamente requiere que contenga al menos una norma de competencia.

Los criterios de pertenencia de una norma a un sistema son tres: a) criterio de pertenencia directa de las normas independientes (regla 1); b) criterio de deducibilidad (regla 5) y c) criterio de legalidad (reglas 2, 3 y 4).

El contenido de un sistema perteneciente al orden en cuestión está determinado (en parte) por las reglas 1-5, «que constituyen, conjuntamente una definición recursiva de "norma válida en un sistema, S_t , del orden O_i ", en el sentido de que por aplicación sucesiva de esas reglas se puede establecer en un número finito de pasos si una determinada norma pertenece o no a un determinado sistema del orden considerado»¹²¹. Es decir, se trata de una cuestión empírica.

Según la noción de Bulygin de orden jurídico, la identidad de éste reposa en la continuidad de los sistemas que a él pertenecen y esto quiere decir, en última instancia, la continuidad de la constitución «lo que no implica su inmutabilidad», sino la legalidad del cambio: «Todo cambio ilegal de la constitución, es decir, toda revolución jurídica conduce a la ruptura del orden jurídico y la nueva constitución dará origen a un nuevo orden». V. gr., la revolución rusa de 1917, la promulgación de la constitución española de 1978 y la restauración de la constitución argentina en 1983; en general cualquier golpe de Estado. Bajo esta óptica, no resultan lo mismo orden jurídico que derecho nacional o estatal: tan derecho español es el producido bajo el régimen de Franco, como el producido después de 1978¹²².

¹¹⁹ E. BULYGIN, «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *cit.*, pp. 263-264. Bulygin usa la frase «la norma N es válida en el sistema S » como sinónimo de «la norma N pertenece al sistema S », reservando el término «pertenencia» para referirse a la relación entre un sistema y un orden.

¹²⁰ *Cfr.* E. BULYGIN, «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *cit.*, p. 264 ss.

¹²¹ *Ibid.*, p. 265.

¹²² Bulygin apunta la posibilidad de definir el orden nacional como un conjunto sucesivo de órdenes jurídicos, remitiéndose a R. CARACCILO, *El sistema jurídico*, *cit.*, pp. 19-20.

4.2.3. Precisiones conceptuales.—Existencia, pertenencia, aplicabilidad y obligatoriedad de las normas jurídicas

Antes de proceder al estudio de la estructura del orden jurídico —reglas 2 a 5—, vamos a deslindar una serie de conceptos que sobre todo Bulygin ha ido perfilando con el tiempo y cuya expresión más reciente acaso la encontremos en su libro conjunto con Mendonca *Normas y sistemas normativos*, por lo que lo usaremos como referencia básica en este punto.

4.2.3.1. Existencia y pertenencia

En opinión de estos autores, la cuestión de la existencia de las normas jurídicas dista de estar clara. En todo caso, hay que tener en cuenta dos cosas. En primer lugar existen muy diversos tipos de normas (v. gr., normas prescriptivas, definitivas, técnicas, consuetudinarias o morales). En segundo lugar, para estos autores las normas son significados de expresiones lingüísticas y no las expresiones lingüísticas mismas¹²³.

A su juicio, el primero que estudió con detalle la cuestión, en relación con las normas prescriptivas, fue Wright, quien analiza esta noción en términos de lo que él denomina «relación normativa». En opinión de este autor, para que existan las normas, éstas tienen que ser promulgadas, dotadas de sanción y recibidas por parte de los sujetos normativos —esto último conlleva no sólo la percepción de la norma, sino también la capacidad de actuar conforme a la norma—. De acuerdo con este análisis, las normas tienen una duración temporal, pues cobran existencia —entran en vigor— con el establecimiento de la relación normativa y dejan de existir cuando esa vinculación se disuelve. Para Wright, la existencia de una prescripción no depende del hecho de haber sido establecida, sino del hecho de que está en vigor¹²⁴.

¹²³ Las razones, perfectamente válidas, pueden verse en BULYGIN-MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, cit., p. 63. Desde este punto de vista una misma norma puede tener formulaciones diferentes, como ocurre, por ejemplo, con las expresiones «prohibido fumar» y «no permitido fumar». También cabe que la misma formulación normativa exprese distintas normas. Por ejemplo, la misma ley argentina que declara inembargables ciertos bienes indispensables ha permitido o prohibido en tiempos diferentes el embargo del televisor. Un cambio en la interpretación implica un cambio de norma. En conclusión, estos autores creen que sólo se puede hablar de normas una vez que se han interpretado de una manera unívoca las correspondientes formulaciones. Esta opinión de que el juez al interpretar la ley de una manera distinta cambia la ley ya puede apreciarse en *IMCS*, pp. 140-144.

Este planteamiento fue criticado en su momento por Alchourrón y Bulygin, que lo consideran más adecuado para las órdenes directas que para las normas generales. La de Wright viene a ser una concepción empírica de la existencia de las normas jurídicas, que, siendo importante, no es la única. Afirmar que una norma existe es afirmar un hecho empírico y que admite distintos grados de intensidad. Una norma es, además, relativa a un sujeto o grupo social determinado y a un momento temporal concreto¹²⁵.

Sin embargo, para Bulygin y Mendonca, hay una noción más amplia de la existencia de una norma, la cual permite afirmar la existencia de una norma que no está en vigor; por ejemplo la contenida en un proyecto de ley. Bajo esta perspectiva, lo único que necesita una norma para existir es que sea formulada por un agente. Es también un concepto descriptivo. Aquí, la existencia de la norma comienza desde su formulación (promulgación), condición necesaria y suficiente para su existencia, pero no requiere su recepción por parte de los destinatarios¹²⁶.

Sin embargo, nos encontramos con otro problema: el de su duración. Puede suceder que o bien la existencia de la norma coincide con la duración del acto de prescribir, y entonces comienza y termina con él; o bien la norma comienza a existir con la ejecución del acto y no necesita nada más para seguir existiendo. En este caso, sin embargo, ya no podría dejar de existir, puesto que el acto realizado no puede ser eliminado. Desde este punto de vista, la temporalidad de una norma dependería de su pertenencia a un sistema, pero no de su existencia¹²⁷.

Otra noción de existencia es justamente la de pertenencia a un sistema. Se trata de una noción que obedece a un criterio genético de pertenencia que, sin embargo, plantea varios problemas.

En primer lugar, si la noción no ha de ser circular —como sucedía con Hart—, entonces tiene que haber normas que pertenezcan al sistema al margen del criterio genético —normas independientes—.

En segundo lugar, si las consecuencias lógicas de las normas que pertenecen a un sistema han de pertenecer también a ese sistema, ello supone la existencia de una genuina lógica de las normas. Alchourrón y Bulygin están de acuer-

¹²⁴ Cfr. G. VON WRIGHT, *Norm and Action. A logical Enquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963. Hemos consultado la versión castellana, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de P. García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1970, p. 142.

¹²⁵ Cfr. ALCHOURRÓN-BULYGIN, «Von Wright on Deontic Logic and the Philosophy of Law», en P. SCHILPP y L. HAIN (eds.), *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, La Salle-Illinois, The Library of Living Philosophers. Recogido como «Von Wright y la Filosofía del Derecho», en ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, cit., pp. 69-102, en particular, pp. 70-73.

¹²⁶ Cfr. ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, cit., p. 37.

¹²⁷ Cfr. BULYGIN-MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, cit., p. 66.

do con esto, pero no es una cuestión pacífica¹²⁸. Wright, señalan Bulygin y Mendonca, ha terminado aceptando la no vinculación exclusiva de la lógica con la verdad. Sin embargo, no admite que se pueda decir propiamente que las normas que son consecuencia lógica de otras pertenecientes al sistema «existan»¹²⁹. Bulygin y Mendonca consideran más adecuado distinguir entre dos sentidos de existencia: «Si por "existe" entendemos que la norma correspondiente ha sido formulada (promulgada), entonces la segunda norma no existe en el mismo sentido que la primera. Pero si por "existe" entendemos que la norma pertenece al sistema, entonces ambas normas existen, ya que ambas pertenecen al mismo sistema normativo, la primera como norma formulada y la segunda como norma derivada»¹³⁰. Este criterio es también descriptivo y relativo a un sistema y a un momento cronológico concretos. Si se acepta el criterio genético puede ser también un criterio empírico, pero en un sentido distinto. En efecto, es verdad que para afirmar que una norma pertenece a un sistema dado deben prevalecer ciertos hechos empíricos (v. gr., que se haya dictado la norma). Pero hay que tener en cuenta que una norma puede pertenecer a un sistema sin estar en vigor (v. gr., una norma de derecho romano) y viceversa: puede estar en vigor sin pertenecer al sistema. «Al mismo tiempo, ambos conceptos, el de existencia como vigencia y el de existencia como pertenencia, presuponen el de existencia como promulgación, que parece ser el más general y básico»¹³¹, concluyen.

4.2.3.2. Pertenencia y aplicabilidad

Es habitual considerar que entre los distintos sistemas jurídicos que componen un orden jurídico hay uno que ocupa una posición de privilegio, el que corresponde al momento presente. Bulygin no está de acuerdo con esta opinión. Por ello propone la distinción entre aplicabilidad y pertenencia, afirmando que la cuestión que consiste en determinar a qué casos es aplicable una norma suele estar determinada por ciertos criterios de aplicabilidad, distintos de los criterios de pertenencia. En el Derecho penal, por ejemplo, la regla de la ley penal más favorable. En virtud de ella, el juez está obligado a aplicar la ley penal más fa-

¹²⁸ *Ibid.*, p. 67.

¹²⁹ Cfr. G. H. VON WRIGHT, *Six Essays in Philosophical Logic*, Acta Philosophica Fennica, vol. 60, Helsinki, 1996, pp. 45-46, cit. en BULYGIN-MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, cit., p. 68.

¹³⁰ BULYGIN-MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, cit., p. 68.

¹³¹ *Ibid.*, p. 69.

vorable con independencia de si tal ley pertenece o no al sistema que corresponde al momento en que dicta sentencia.

También puede suceder que no pertenezcan al mismo orden jurídico, como sucede con el derecho extranjero, cuya aplicación procede en determinados casos previstos en el Derecho internacional privado. E incluso cabe que una norma sea aplicable a determinado caso a pesar de que esa norma no pertenezca a ningún sistema del orden jurídico en cuestión y tampoco a ningún sistema de ningún otro orden jurídico. Esto sucede en el caso de la ley inconstitucional, desde el momento en que cabe aplicar una ley inconstitucional que haya sido declarada constitucional por el tribunal constitucional correspondiente, porque «la constitucionalidad de una ley no depende de lo que diga el Tribunal Constitucional y una ley que no fue dictada por una autoridad competente sigue siendo inconstitucional, aunque el Tribunal diga lo contrario. Pero es el pronunciamiento del Tribunal Constitucional el que determina la aplicabilidad de la ley. Si el Tribunal dice (erróneamente) que la ley es constitucional, la ley será aplicable, aunque no sea válida en el sistema»¹³².

Como la pertenencia y la aplicabilidad de las normas jurídicas están estrechamente relacionadas con la dimensión temporal de las normas, Bulygin propone distinguir entre un «tiempo externo» y un «tiempo interno» de las normas jurídicas¹³³. En un trabajo posterior, los denomina «tiempo de pertenencia» y «tiempo de aplicabilidad», denominación que nos parece más clarificadora y que adoptamos.

a) *Tiempo de pertenencia de una norma* es «el conjunto de todos los momentos temporales en los que la norma en cuestión pertenece a algún sistema del orden considerado»¹³⁴. Esta pertenencia no necesita ser continua. Una norma

¹³² E. BULYGIN, «Algunas consideraciones...», cit., p. 267. En el contexto de una revisión crítica de la Teoría pura del derecho, tras desechar la teoría de la cláusula alternativa tácita (vid. cap. II, ep. 4.5), el profesor argentino confirma que, en efecto, puede suceder que sea obligatorio aplicar normas que no pertenecen al sistema jurídico, lo que, en los términos de la Teoría pura, es contradictorio, pues en ella se equipara validez con obligatoriedad. Conviene, pues, deslindar los conceptos de validez como obligatoriedad y validez como pertenencia. Vid. E. BULYGIN, «Cognition and Interpretation of Law», en L. GIANFORMAGGIO y S. PAULSON, *Cognition and Interpretation of Law*, Turín, 1995, pp. 18-19.

¹³³ Cfr. BULYGIN, «Tiempo y validez», en *Actas del Tercer Congreso Nacional de Filosofía*, vol. I, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1982, pp. 511-515; y, del mismo autor, más por extenso, «Time and validity», en A. A. MARTINO (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, North Holland, Amsterdam-Nueva York-Oxford, 1982, pp. 65-81. Este artículo ha sido recogido en BULYGIN, «Tiempo y validez», en *Análisis lógico y derecho*, cit., pp. 195-214, en particular p. 199.

¹³⁴ BULYGIN-MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, cit., p. 71.

puede pertenecer a un sistema, no pertenecer al siguiente y volver a pertenecer al ulterior.

b) *Tiempo de aplicabilidad de una norma* es el «conjunto de todos los momentos temporales en los que la norma en cuestión es aplicable a algún caso»¹³⁵. Como en el caso anterior, no tiene por qué ser continuo, ya que una norma puede ser aplicable en un momento dado a un caso determinado y no ser aplicable en otro momento al mismo caso.

Adviértase que el tiempo de pertenencia y el tiempo de aplicabilidad de una norma pueden no coincidir. Así, una norma puede pertenecer a un sistema o a varios sistemas sucesivos sin ser aplicable —es el caso de las normas de vigencia diferida¹³⁶— y al revés, puede ser aplicable en un tiempo determinado sin pertenecer al sistema correspondiente a ese tiempo —el caso de las normas retroactivas—¹³⁷.

Estos criterios pueden tener diferente origen, constitucional, legal, judicial y aun doctrinal¹³⁸. En cualquier caso, tienen la forma de directivas dadas a los jueces que determinan las normas aplicables a un caso dado. Son, pues, normas que se refieren a la aplicabilidad de otras normas que pertenecen a distintos sistemas del mismo orden jurídico. En este sentido, afirma Bulygin, se trata de «normas de un nivel superior o meta-normas» que imponen deberes a los jueces de aplicar ciertas normas de primer nivel. Estos criterios cumplen, a juicio de Bulygin, tres funciones: «(1) Al fijar los momentos relevantes, determinan qué normas deben compararse; son las normas pertenecientes a los sistemas que corresponden a esos momentos; (2) establecen relaciones jerárquicas entre normas pertenecientes a sistemas distintos (del mismo orden jurídico). Como todas las relaciones ordenadoras, estas relaciones son transitivas y asimétricas. (3) Imponen a los jueces el deber de aplicar aquella norma que resulte superior a las demás, de acuerdo a esas relaciones jerárquicas»¹³⁹.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 72.

¹³⁶ Un ejemplo de esto sería el del Código penal argentino, que habiendo sido promulgado el 29 de octubre de 1921, sólo comenzó a aplicarse 6 meses después en virtud de su artículo 303. Bulygin considera que durante ese período el Código en cuestión existió, esto es, pertenecía a los sucesivos sistemas, pero no era aplicable a ningún caso. Y, en relación con el supuesto, lo ejemplifica a través del caso de una ley derogada que todavía sea aplicable, como es el caso de un delito cometido durante el tiempo en que la ley estaba en vigor, aunque el tribunal haya de decidir el caso en el momento en que la ley ya no existe, esto es, no pertenece al sistema que corresponde al momento de decisión. El ejemplo lo extraemos de ALCHOURRÓN-BULYGIN, «Tiempo y validez», *cit.*, p. 199.

¹³⁷ Sobre las normas retroactivas, *vid.* BULYGIN-MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, *cit.*, pp. 72 ss.

¹³⁸ Partiendo de BULYGIN, «Tiempo y validez», *cit.*, varios autores han hecho referencia a estos criterios de aplicabilidad. *Cfr.* D. MENDONCA, *Exploraciones normativas*, México, Fontamara, 1997, pp. 32-33; J. RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas normativos*, Madrid, CEC, 2002, pp. 140 ss.

nen a los jueces el deber de aplicar aquella norma que resulte superior a las demás, de acuerdo a esas relaciones jerárquicas»¹³⁹.

La ordenación jerárquica es justamente una técnica muy habitual que se usa para resolver conflictos entre normas. Implica que la norma que es considerada superior prevalece sobre la inferior¹⁴⁰. Consecuentemente, un sistema normativo no es tan sólo un conjunto de normas, sino un conjunto ordenado de normas, resultando que todo cambio en la ordenación da lugar a un nuevo sistema incluso cuando las normas del sistema permanezcan idénticas, ya que las correlaciones de casos con soluciones son diferentes. Es decir, el mismo conjunto de normas puede dar lugar a sistemas diferentes si ha sido ordenado de forma distinta. Escriben Bulygin y Mendonca: «Debemos tener presente, pues, que los sistemas jurídicos no son meros conjuntos de normas, sino estructuras jerárquicas; que existen ciertas relaciones jerárquicas entre las normas pertenecientes a un sistema jurídico»¹⁴¹.

Estas jerarquías son establecidas por las mismas normas jurídicas, esto es por el legislador, o determinadas por ciertos criterios generales basados en el momento de la promulgación de la norma (*lex posterior*), la jerarquía de la autoridad que dictó la norma (*lex superior*) o el grado de generalidad de los contenidos normativos (*lex specialis*); incluso pueden ser establecidas por el juez según preferencias personales. Para Bulygin y Mendonca, en todo caso, estos criterios no son suficientes para solucionar todos los conflictos posibles, «por lo que, en ciertas ocasiones, los jueces deben recurrir a otros criterios basados, por ejemplo, en consideraciones referentes a la justicia u otros valores involucrados en la cuestión»¹⁴².

Bulygin concluye que el concepto de sistema jurídico como conjunto de normas es demasiado estrecho, puesto que un sistema jurídico contiene normas de diferente nivel y también relaciones jerárquicas entre normas del mismo sistema y entre normas de sistemas distintos del mismo orden¹⁴³. Con lo cual nos

¹³⁹ E. BULYGIN, pp. 203-204.

¹⁴⁰ Esta técnica ha sido bien estudiada en C. E. ALCHOURRÓN y D. MAKINSON, «On the Logic of Theory Change: Contraction Function and their Associated Revision Functions», en *Theoria* 48 (1982), pp. 14-37. En opinión de estos autores, establecer un orden en un sistema (o una modificación en el orden existente) equivale a la derogación de ciertas normas (las que resultan descartadas), resultando que ordenación y derogación son dos operaciones si bien no idénticas, sí equivalentes.

¹⁴¹ BULYGIN-MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, *cit.*, p. 79.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ En cuanto a las relaciones ordenadoras entre normas, así como entre conjuntos de normas del mismo sistema, Bulygin se remite a C. E. ALCHOURRÓN, «Normative Order and Derogation», en A. A. MARTINO (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, vol. II, Amsterdam, North Holland Publishing Company, 1982, pp. 51-63.

encontramos con la adición de una nueva dimensión al esquema trazado por Hart que dividía las normas entre normas primarias, que imponen deberes y prohibiciones a los sujetos jurídicos y les otorgan permisos o autorizaciones, y normas secundarias, que confieren poderes, públicos y privados, e imponen obligaciones a los jueces y otros funcionarios aplicadores del derecho. Habría, pues, unas normas de tercer nivel las cuales regulan la aplicabilidad de las normas de segundo nivel¹⁴⁴.

Se plantea todavía la cuestión de la existencia de una norma derogada, pues de lo anterior queda claro que la derogación de una norma no la priva necesariamente de su aplicabilidad. Resulta, sin embargo, muy problemático definir la existencia de una norma en función de su aplicabilidad. Según Bulygin, aun si se aceptara que la norma existe en el sistema mientras sea aplicable a algunos casos, no se puede concluir que se trate de la misma norma que sigue existiendo tras la derogación. Más bien habría que pensar que la norma N sería reemplazada por la norma N' que tiene el mismo contenido, pero diferente ámbito de aplicabilidad¹⁴⁵.

Por último, cada vez que una nueva norma es agregada a un sistema jurídico tenemos un sistema diferente. Lo mismo ocurre con la derogación. Y si la autoridad legislativa sustituye una norma existente por una nueva, se puede decir que han ocurrido dos actos simultáneos: uno de derogación y otro de promulgación¹⁴⁶.

4.2.3.3. Pertenencia y obligatoriedad

El término «validez», en opinión de Bulygin, es ambiguo y puede designar varias cosas. En primer lugar, cuando se dice que una norma es válida se puede estar haciendo referencia a su pertenencia a un sistema jurídico. Se trata de una noción descriptiva y relativa.

En segundo lugar cuando se dice que una norma es válida a veces se quiere decir que es obligatoria. Esto, a su vez, en dos sentidos. Puede, por un lado, usar-

¹⁴⁴ Cfr. E. BULYGIN, «Tiempo y validez», *cit.*, p. 204.

¹⁴⁵ Si en t¹ hay una norma aplicable a una cierta clase de casos (que incluye casos futuros) y en t² esta norma ha sido derogada y ya no es aplicable a los mismos casos (por ejemplo, no es aplicable a casos futuros) es difícil decir que estemos ante la misma norma (*ibid.*, pp. 210-213).

¹⁴⁶ En este supuesto, la introducción de una norma y la eliminación de otra se producen en el mismo momento. Es lo que ocurre habitualmente con la legislación. Cfr. E. BULYGIN, «Tiempo y validez», *cit.*, p. 198.

se el término para expresar una prescripción de obedecer y aplicar la norma y, por otro lado, para expresar una proposición que informa acerca de cierto rasgo de la norma (que es obligatoria de acuerdo a alguna otra norma). El primero es un concepto normativo y absoluto de validez. Desde este punto de vista, la oración «N es válida» expresa una norma y no una proposición normativa¹⁴⁷.

Deslindar estos conceptos para Bulygin y Mendonca es fundamental, pues nada tienen que ver los problemas relacionados con la pertenencia de las normas con los relacionados con la obligatoriedad. Al hilo de esto, se ha discutido mucho, por ejemplo, acerca del concepto kelseniano de validez. Así, Ross y Nino consideran que maneja un concepto normativo de validez, semejante al manejado por los iusnaturalistas —de hecho Ross ha caracterizado a Kelsen como cuasipositivista—¹⁴⁸.

La validez de una norma no puede ser relativa a la validez de otra norma, porque entonces la cadena de validez es infinita. A no ser, claro está, que se acepte que puede existir una norma válida en sí misma, papel que no puede desempeñar la constitución, pues aunque sea la primera constitución siempre cabe preguntarse por su obligatoriedad o justificación. Por ello, Kelsen tiene que suponer una norma básica o fundamental que es la razón última de validez de todas las demás normas, pues confiere competencia al autor de la primera constitución. Kelsen parece creer, según la interpretación de Bulygin y Mendonca, que el mero hecho de que la norma básica confiera poder al primer legislador y de este modo establezca la obligación de obedecer sus normas es suficiente para hacer obligatorias esas normas. «Esa conclusión sería correcta —escriben— si la norma básica misma fuese válida, pues como ya hemos observado, una norma válida sólo puede derivar su validez de otra norma válida»¹⁴⁹. Sin embargo, Kelsen niega la posibilidad de normas autoevidentes. Así, pues, su validez es meramente presupuesta —sin ella ningún acto humano podría ser interpretado como acto creador de normas jurídicas— y no es realmente obligatoria. Pero entonces, concluyen estos autores, si la norma fundamental no es una norma válida, tampoco lo es la primera constitución y ninguna de las normas que dependen de la primera constitución. Posteriormente reconoció que la norma fundamental es una ficción, pero el concepto de obligatoriedad no tiene cabida, en opinión de Bulygin y Mendonca, en la Teoría pura del derecho¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Cfr. BULYGIN-MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, *cit.*, p. 84.

¹⁴⁸ *Ibid.* cap. II, ep. 5.2.

¹⁴⁹ BULYGIN-MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, *cit.*, p. 86.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 87. Estos desarrollos ya se contienen en E. BULYGIN, «An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law», en *Ratio Juris*, 3 (1990), pp. 29-45. Este trabajo constituye una versión

Por tanto, quien se tome en serio la idea de validez como fuerza obligatoria tendrá que acudir a otros recursos, como la moral —v. gr., Nino—, pero esto le está vedado a Kelsen. Para hacer coherente la teoría pura del derecho, o bien se preserva el concepto normativo de validez, pero *en tal caso la norma básica ha de ser sustituida por normas o principios «verdaderos»* (lo que implica caer en el iusnaturalismo); o bien, del lado del positivismo, se rechaza la idea de validez como obligatoriedad. Interpretada de este segundo modo la Teoría pura, la Ciencia jurídica puede establecer qué normas pertenecen al sistema jurídico dado, pero no prescribir la obligación de obedecer esas normas¹⁵¹. La idea de obligatoriedad está fuera de una filosofía del derecho positivista. El problema del fundamento de la obligatoriedad del derecho no es jurídico, sino moral. Las obligaciones jurídicas, a juicio de Bulygin y Mendonca, sólo surgen de las normas jurídicas (son intrasistemáticas). Por lo tanto, el deber de obedecer el derecho no puede ser un deber jurídico, sino, a lo sumo, moral. Pero la Ciencia del derecho no está para determinar nuestros deberes morales¹⁵².

4.2.4. Falta de integridad, contradicciones e indeterminación en los sistemas jurídicos

Si bien lo ideal sería manejar un sistema jurídico completo, armónico y determinado, el caso es que muy a menudo las cosas son de otro modo. Para Alchourrón y Bulygin, la guía de la conducta es la función principal de las normas, si bien es posible que sean usadas también como criterios de valoración o esquemas de interpretación. En todo caso, estas funciones sólo son posibles, por el hecho de que las normas prescriben, prohíben o permiten las acciones relevantes. Pero el hecho es que no siempre un sistema normativo está en condiciones de cumplir con sus funciones, porque puede ser incompleto, contradictorio o indeterminado¹⁵³.

reelaborada de E. BULYGIN, «Validez y positivismo», en *Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*, La Plata, 1987, recogido en ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, cit., pp. 499-519. En este trabajo se encarga de deslindar cuatro conceptos de existencia: a) existencia fáctica; b) pertenencia; c) existencia como validez, y d) existencia formal, criticando las fatales consecuencias que la errónea asimilación de distintos conceptos de existencia tiene en la teoría de Kelsen.

¹⁵¹ Cfr. BULYGIN-MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, cit., p. 88.

¹⁵² Cfr. *ibid.*, p. 89.

¹⁵³ Cfr. ALCHOURRÓN-BULYGIN, «Incompletezza, contraddittorietà e indeterminatezza degli ordinamenti normativi», en G. DI BERNARDO, *Logica deontica e semantica*, Bolonia, 1977, p. 291. Este trabajo, en realidad, está firmado por Bulygin. Sin embargo, en una primera nota aclara que «la presente contribución se debe también a la colaboración de Carlos E. Alchourrón». Además,

4.2.4.1. Falta de integridad del sistema jurídico

Es el clásico problema de las lagunas del derecho. Se habla de laguna de derecho cuando una acción no está regulada por el ordenamiento jurídico. Un ordenamiento jurídico que presenta lagunas se dice incompleto. En relación con ello, Alchourrón y Bulygin consideran tres problemas: a) el problema de la definición de laguna; b) la posibilidad de las lagunas en el derecho, y c) los métodos para integrar tales lagunas.

a) Para el problema de la *definición de laguna jurídica*, se valen del concepto de determinación normativa: «Una acción p (dentro de una determinada clase de acciones H , que representa el ámbito de posibilidad del sistema S) — en este punto se remiten al concepto de universo de acciones de *IMCS*—, está determinada por el ordenamiento normativo S , si p está permitido o prohibido en S , es decir si o bien la norma " Pp " o bien la norma " $O-p$ " pertenecen a S (o son válidas en S ; las dos expresiones son usadas aquí como sinónimos). Cuando una acción de la clase H no está determinada en S , ella constituye una laguna y el sistema es incompleto. Sólo si todas las acciones están determinadas, el sistema es completo en relación a H »¹⁵⁴.

La falta de integridad, como ya vimos en general en los sistemas normativos, es relativa, porque expresa una relación entre un sistema normativo y una clase de acciones. Para estos autores no se trata, por tanto, de una propiedad del sistema. Atendiendo a los sistemas jurídicos, aclaran, la relación es a tres bandas; a saber: un sistema normativo, una clase de acciones y una clase de circunstancias. Consecuentemente, la pregunta «el sistema jurídico S ¿es completo o incompleto?» no tiene respuesta posible. Tampoco se debe confundir la ausencia de regulación (indeterminación deóntica de una acción) con una regulación insatisfactoria (según determinados criterios de valoración), como luego veremos¹⁵⁵.

b) En cuanto a la *posibilidad de lagunas* en el derecho, ésta ha sido a menudo negada, por autores como Kelsen, sobre la base de que lo no prohibido está permitido, lo cual no es verdadero, como veremos también¹⁵⁶. Para comprender esto hay

en la bibliografía que de estos autores publica la revista *Rechtstheorie* 28 (1997), pp. 285-298, el trabajo se lo considera producido conjuntamente por ambos autores. Por ello, en lo que sigue será citado de tal modo.

¹⁵⁴ ALCHOURRÓN-BULYGIN, «Incompletezza...», cit., p. 292.

¹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 292-293. Cfr. también ALCHOURRÓN-BULYGIN, «Sobre el concepto de orden jurídico», cit., pp. 405 ss.

¹⁵⁶ *Ibid.* ep. 5.2.

que distinguir nítidamente entre normas, por un lado, y enunciados descriptivos sobre normas por otro, ya que en el lenguaje ordinario suelen confundirse¹⁵⁷.

c) Por último, por lo que se refiere a la *integración de las lagunas*, Alchourrón y Bulygin afirman que ninguna de las reglas de inferencia que aplican los juristas en este caso (argumentos *a fortiori*, *a pari* o analogía, *a contrario*...) son reglas lógicamente válidas. Sólo a través de la introducción de premisas tácitamente aceptadas pueden conducir aquéllas a conclusiones válidas¹⁵⁸.

4.2.4.2. Contradicciones en el sistema jurídico

Si en el caso anterior no había normas suficientes en el sistema jurídico, en este caso el problema consiste en que hay más de la cuenta, por lo que la solución ha de pasar por la abrogación de una de las normas contradictorias. A efectos prácticos, sin embargo, sucede como en el caso de las lagunas: uno no sabe cómo ha de comportarse según el sistema jurídico. En consecuencia, si el sistema jurídico ha de ser útil como guía de conducta, habrá que modificarlo, eliminando algunas de sus normas y reemplazando otras por normas opuestas¹⁵⁹. Alchourrón y Bulygin consideran las mismas cuestiones que en el caso anterior.

a) En cuanto a la *definición de la contradicción normativa*, los autores echan mano del concepto de cumplimiento. Dos normas serán contradictorias cuando el cumplimiento de una excluye lógicamente el cumplimiento de la otra. Así, las normas «Op» y «O-p» son contradictorias. Sin embargo —reconocen—, este cri-

¹⁵⁷ Los lógicos no han dejado de abordar este problema. Así G. H. von WRIGHT, *Norma y acción. Una investigación lógica*, cit., pp. 109-110 y O. WEINBERGER, «Der Erlaubnisbegriff und der Aufbau der Normenlogik», en *Logique et Analyse*, XVI (1973), pp. 113-142. Alchourrón, por su parte, ha dedicado a este punto varios trabajos. Cfr. C. E. ALCHOURRÓN, «Logic of Norms and Logic of Normative Propositions», en *Logique et Analyse*, XII (1969), pp. 242-268; del mismo autor, «The Intuitive Background of Normative Legal Discourse and its Formalization», en *Journal of Philosophical Logic*, I (1972), pp. 447-463. En ellos, Alchourrón defiende que la lógica de las normas es distinta que la lógica de los enunciados normativos, y que ambas lógicas sólo son isomorfas en el caso de que existan premisas determinadas (como la completitud y la ausencia de contradicciones en el sistema normativo).

¹⁵⁸ Cfr. C. E. ALCHOURRÓN, «Juristische Schlüsse a fortiori und a pari», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 41, pp. 5-25.

¹⁵⁹ Un análisis lógico de los conflictos de normas puede verse en C. ALCHOURRÓN, «Conflicts of Norms and Revision of Normative Systems», presentado en el Congreso de Miami 1988, recogido y traducido por el propio autor como «Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», en ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, cit., pp. 291-301, en particular p. 291.

terio no se puede aplicar *prima facie* a las normas permisivas, porque en su caso no se puede hablar de cumplimiento o incumplimiento. A pesar de todo, entienden que es posible extender el criterio. Así, una obligación (o una prohibición) está en contradicción con una permisión «cuando el cumplimiento de la obligación (o de la prohibición) hace lógicamente imposible que se haga uso de la permisión, y viceversa»¹⁶⁰. En consecuencia, la norma «Pp» y «O-p» son incompatibles (contradictorias).

b) Sobre la *posibilidad de la existencia de contradicciones*, no hay, observan, acuerdo entre los autores, y citan a Kelsen, Wright y Weinberger. En cuanto a Bulygin, negar la posibilidad de contradicciones en el sistema normativo le parece bastante forzado. En el ámbito del derecho positivo, los conflictos entre normas son más bien frecuentes y la lógica no puede negar este hecho. «No sirve de nada —escribe— decir que la lógica representa el estado de cosas resultante *después* de la solución de conflictos entre normas. En efecto, aquello que interesa o reclama una caracterización lógica es precisamente aquello que debe ser resuelto, esto es, el conflicto entre normas»¹⁶¹.

c) El siguiente punto a tener en cuenta se refiere a la *solución de los conflictos entre normas*. Para los profesores argentinos, no existe la posibilidad de eliminar ninguna contradicción con recursos puramente lógicos. Las reglas usadas por los juristas (*lex posterior*, *lex superior*, *lex specialis*) «son instrumentos auxiliares útiles desde un punto de vista práctico, pero privados de validez lógica»¹⁶². Lo mismo pasa con la operación de colmar lagunas: la lógica «sólo puede ayudar a constatar la presencia de los conflictos normativos, pero no puede eliminarlos»¹⁶³.

4.2.4.3. La indeterminación de los sistemas normativos

Ésta puede ser lógica o semántica.

a) En cuanto a la segunda, es sabido que una norma, aunque sea clara y su aplicación a situaciones concretas no plantee equívocos, puede suscitar, sin embargo, dificultades que tengan su origen en las propiedades semánticas del lenguaje. Es el caso de la vaguedad —*open texture*— de los conceptos. Aunque se habla de lagunas también en este caso, se trata de cosas diferentes que hay que

¹⁶⁰ ALCHOURRÓN-BULYGIN, «Incompletezza...», cit., p. 297.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 299.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ ALCHOURRÓN-BULYGIN, «Sobre el concepto de orden jurídico», cit. p. 407.

distinguir. En todo caso, no es posible resolver esta clase de problemas por medio de recursos lógicos. Las decisiones no pueden estar fundadas en el sistema jurídico¹⁶⁴.

b) En lo que respecta a la indeterminación lógica de los sistemas normativos, existe, a juicio de los autores, un tipo de indeterminación que tiene muy distinto origen y que no ha sido atendido hasta ahora en la literatura lógica. Tiene que ver con la derogación de normas, de que nos ocupamos más adelante, y que, lo mismo que en el caso de las lagunas y las contradicciones, no se puede eliminar en términos puramente lógicos, sino como resultado de una actividad de creación jurídica¹⁶⁵.

4.2.4.4. Lagunas normativas y lagunas axiológicas

Decíamos que la plenitud es, para Alchourrón y Bulygin, una propiedad de los sistemas normativos relativa a un universo de casos. En este sentido, habrá una laguna cuando el legislador no haya tenido en cuenta una circunstancia o propiedad que en determinado caso sea relevante. Por supuesto, como bien advierten, la cuestión de saber si una circunstancia o propiedad debe o no ser relevante para un universo de acciones es un *problema axiológico*. En consecuencia, «toda hipótesis de relevancia supone la existencia de un *criterio axiológico determinado*»¹⁶⁶. Por eso, Caracciolo ha objetado que Alchourrón y Bulygin no consiguen deslindar adecuadamente los conceptos de laguna normativa y axiológica¹⁶⁷.

En términos generales, un sistema normativo es *axiológicamente* inadecuado (injusto, malo) para un universo de acciones cuando sus soluciones son inadecuadas (injustas, malas). Esto puede ser¹⁶⁸:

- a) Porque no se adecua a la hipótesis de relevancia (elige mal los casos).
- b) Porque no correlaciona los casos con aquellas soluciones con las que debe correlacionarlos (soluciona mal los casos correctamente elegidos).
- c) Porque soluciona mal casos mal elegidos (la combinación de las anteriores).

¹⁶⁴ Cfr. ALCHOURRÓN-BULYGIN, «Incompletezza, ...», *cit.*, p. 300.

¹⁶⁵ Cfr. *ibid.*, p. 306.

¹⁶⁶ IMCS, p. 156.

¹⁶⁷ Cfr. R. CARACCILO, «El concepto de "laguna". Descripción o prescripción», en *La noción de sistema en la teoría del derecho*, México, Fontamara, 1994, pp. 27-36.

¹⁶⁸ Cfr. IMCS, p. 157.

A juicio de Alchourrón y Bulygin, muchas veces se confunden las lagunas normativas con las lagunas axiológicas. Conviene dejar claro en este punto que, para ellos, ambos conceptos son excluyentes. Mientras que las lagunas normativas se dan allí donde existe un caso que no tiene solución, las lagunas axiológicas requieren que el caso tenga una solución (que se considera inadecuada). Sin embargo, en el lenguaje de los juristas muchas veces se habla de lagunas del derecho para referirse no sólo al caso en el que el derecho no ofrece solución, sino también al caso en que se considera que la solución existente es axiológicamente inadecuada. «Pero —escriben Alchourrón y Bulygin— no toda solución injusta o mala supone una laguna; los juristas hablan de lagunas —en el sentido que tratamos de caracterizar— cuando la solución es inadecuada *porque* el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta. Este tipo de lagunas suponen, pues, la existencia de una propiedad relevante (en el sentido prescriptivo del término) para el caso en cuestión que, sin embargo, es irrelevante (en el sentido descriptivo) para el sistema considerado»¹⁶⁹. No obstante, reconocen que este uso no es del todo arbitrario, toda vez que se piensa que el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad en cuestión *por no haberla previsto*, de tal manera que si la hubiera previsto, habría dado una solución distinta (en vez de solucionar el caso de forma genérica, lo habría hecho mediante una solución específica), lo cual, matizan, puede de hecho ser verdad en muchos casos. En todo caso es a esto a lo que llaman laguna axiológica, que, insistimos, hay que contraponer al concepto de laguna normativa.

A juicio de Alchourrón y Bulygin existen dos tendencias perniciosas en la Teoría del derecho: confundir las lagunas normativas con las lagunas axiológicas y no distinguir claramente entre lagunas axiológicas y otras clases de desacuerdos valorativos.

En cuanto a la primera, Alchourrón y Bulygin ponen de manifiesto que esta confusión conceptual está muy arraigada en la doctrina alemana, de la que examinan algunos ejemplos en las obras de Engisch, Bierling, Binder, Sauer, Larenz, Bartholomejczik y Esser. Éste último, por ejemplo, afirma: «Ya la sola (y decisiva) pregunta de si hay que admitir la existencia de una "laguna" en la ley, constituye un juicio valorativo y una decisión de la voluntad»¹⁷⁰. Ante esta situación

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 158.

¹⁷⁰ Josef ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubinga, 1956; trad. castellana de Eduardo Valentí Fiol, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, p. 322 (n. 56). Alchourrón y Bulygin añaden la siguiente apostilla: «Si la existencia de las lagunas depende de la decisión de la voluntad, toda discusión racional del tema se hace, obviamente, imposible». Tienen razón Alchourrón

de confusión, comentan los profesores argentinos, algunos autores, como Kelsen, han optado por «cortar el nudo gordiano», negando la misma existencia de lagunas normativas, lo que constituye la segunda tendencia perniciosa mencionada. Volveremos sobre ello más adelante.

Para terminar de perfilar los conceptos de laguna normativa y axiológica hay un ejemplo de Zitelmann que recogen los profesores argentinos. En su momento, el Código de comercio alemán regulaba de manera distinta la celebración de los contratos entre presentes y entre ausentes. La invención del teléfono planteó la cuestión de cuál era el régimen aplicable a los contratos celebrados a través de este medio. Zitelmann observa que éste es un caso típico de lo que los juristas llaman laguna derivada, pues surge a raíz de un invento técnico, pero no se trata de una laguna normativa. Los profesores argentinos armonizan con este parecer y afirman que en este caso nos encontramos ante un problema de clasificación. En efecto, el caso tiene solución. La clasificación que divide los contratos entre contratos celebrados entre presentes y contratos celebrados entre ausentes es exhaustiva. Se trata de ver en cuál de las dos categorías encaja el supuesto del contrato celebrado por teléfono. Esto plantea un problema. En principio parece que se trataría de un contrato entre ausentes. Si así lo considerásemos, tendríamos, sin embargo, que distinguir, a su vez, entre dos formas de contratos entre ausentes: contratos celebrados por correo y contratos celebrados por teléfono, a fin de tratarlos de forma diferente. Pero puesto que en los contratos telefónicos la oferta y su aceptación son simultáneas, parece mucho más razonable aplicar a este modo de celebrar contratos las reglas que regulan los contratos entre presentes. Es, pues, un caso de laguna axiológica: «Lo que ha sucedido es que la invención del teléfono ha producido una "necesidad" de modificar el derecho, tomando en cuenta una circunstancia que no había sido y hasta aquel momento no pudo haber sido tomada en cuenta por el derecho: se trata, pues, de un conflicto entre la hipótesis de relevancia y la tesis de la relevancia del Código de comercio alemán vigente a la sazón»¹⁷¹.

En consecuencia, si bien no se puede dudar de que una nueva circunstancia o propiedad puede llegar a existir como resultado de avances tecnológicos, su presencia sólo puede generar un problema cuando esa propiedad «sea valorada

y Bulygin, pero es posible concebir el juicio valorativo acerca de la existencia de una laguna como un juicio sobre las propiedades relevantes, lo cual eliminaría la identificación entre valoración y voluntad que parece sugerir Esser. Así lo plantea, por ejemplo, Pedro SERNA, *Jurisprudencia de principios*, 1993 (*pro manuscripto*), pp. 37-40.

¹⁷¹ IMCS, p. 167.

como (prescriptivamente) relevante». Esto muestra a juicio de Alchourrón y Bulygin que las llamadas lagunas derivadas son, en realidad, lagunas axiológicas. Los nuevos hechos dan lugar a lagunas axiológicas solamente si van acompañados de nuevas valoraciones¹⁷².

5. LA ESTRUCTURA DEL ORDEN JURÍDICO

Escribe Bulygin: «Los criterios de pertenencia de las normas al sistema determinan la estructura de este último»¹⁷³. En *Sobre la estructura de las normas jurídicas*, Alchourrón y Bulygin afirman que una norma pertenece a un sistema cuando:

«(1) Las normas $N_1 \dots N_n$ pertenecen al sistema S_k .

»(2) Si la norma N_i es válida en el sistema S_k , entonces N_i pertenece a S_k .

»(3) Si N_i es consecuencia de las normas que pertenecen a S_k , N_i pertenece a S_k »¹⁷⁴.

Esto significa que hay un cierto número de normas ($N_1 \dots N_n$) que pertenecen al sistema *sin ser válidas en el sistema*. Son las mencionadas normas independientes o soberanas. Como sabemos, estas normas supremas permiten determinar la validez de otras normas del sistema, pero ellas mismas no son válidas ni inválidas dentro del sistema¹⁷⁵. Dicho de otro modo: «Los criterios de deducibilidad y legalidad son manifiestamente insuficientes para dar cuenta de la pertenencia de todas las normas del sistema, pues presuponen que el sistema ya tiene normas, cuya pertenencia no depende de ninguno de los dos criterios»¹⁷⁶. En consecuencia, el sistema comprenderá todas las normas que sean consecuencia lógica de las normas válidas y de las normas soberanas. Ellos las denominan «normas derivadas», por oposición a las «normas formuladas», que son las normas supremas y las normas válidas. Esto confiere carácter deductivo al sistema dinámico de normas¹⁷⁷.

En todo caso, las normas más importantes son las normas que han sido válidamente promulgadas por la autoridad competente. En *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Alchourrón y Bulygin advierten de que se van a ocupar solamente de

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ E. BULYGIN, «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *cit.*, p. 261.

¹⁷⁴ C. E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, *cit.*, p. 68.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 69.

¹⁷⁶ E. BULYGIN, «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *cit.*, p. 262.

¹⁷⁷ *Cfr.* ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Sobre la existencia...*, *cit.*, p. 70.

las «normas legisladas». Sin embargo, nada impide aplicar sus consideraciones a toda clase de disposiciones generales, según su rango, dictadas por las autoridades competentes del orden jurídico (supéndice 5.1) ¹⁷⁸. No obstante, no dejan de tener validez e importancia otras clases de normas, a las que Alchourrón y Bulygin prestan también atención, como son las que dictan las autoridades judiciales (subéndice 5.2). Y cabe plantearse también si la doctrina crea derecho (subéndice 5.3).

5.1. Normas generales

La primera dificultad que encaran estos autores es la de la existencia de distintos conceptos de norma. Como hemos visto, los profesores argentinos rechazan el concepto de norma de Wright, que exige la recepción por parte del destinatario (esto limita en exceso el campo de aplicación del concepto de existencia de las normas jurídicas). También rechazan el requisito de la relación de superioridad de la autoridad respecto de los sujetos a la norma, porque hay muchas veces donde falta aquélla. En su opinión, el único requisito necesario es el de la promulgación: «Aceptaremos, pues —escriben—, que la promulgación de la norma es la única condición suficiente y necesaria, para su existencia. De acuerdo a este criterio, todo acto (serio) de promulgar una norma (=todo acto de prescribir) da lugar a la existencia de una norma» ¹⁷⁹.

Un modo alternativo de interpretar la relación de superioridad entre la autoridad normativa y los sujetos a ella consiste en abandonar la idea de superioridad fáctica y sustituirla por el concepto normativo de competencia. Se dice válida aquella norma dictada por la autoridad competente. La validez de la norma viene a ser la legalidad del acto de su creación. Kelsen, por ejemplo, acepta este punto de vista, pero, como hemos visto, incurre en el error lógico de identificar la validez con la existencia. Siguiendo a Wright, los profesores argentinos sostienen que esta iden-

¹⁷⁸ Estos autores dan de mano, pues, al análisis de las normas consuetudinarias, que remiten a un futuro estudio, considerando que se trata de normas distintas que no pueden recibir un tratamiento unitario. Apuntan, de hecho, la posibilidad de que las dos mencionadas corrientes en torno a la existencia de las normas jurídicas incurran en el error de asimilarlas y, teniendo en mente un solo tipo de normas, equipararlas conceptualmente, cuando el problema de la validez y el de la eficacia inciden de maneras diversas sobre ambos tipos de normas (cfr. *Sobre la existencia...*, pp. 11-12).

¹⁷⁹ Sólo se excluyen los «actos no serios», a saber: los realizados en broma, en el teatro... (cfr. ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Sobre la existencia...*, cit., pp. 17-31). De modo similar, ALCHOURRÓN-BULYGIN, «On the Logic of Normative Systems», en H. STACHOWIAK (ed.), *Pragmatik. Handbuch pragmatischen Denkens*, vol. IV, Hamburgo, 1993, pp. 274-277. Este último trabajo contiene un complejo desarrollo lógico que construyen los autores en diálogo permanente con Wright.

tificación lleva a Kelsen a un *regressus ad infinitum*, donde la validez (esto es, la existencia) de una norma depende de la validez (existencia) de otra (que da competencia a la autoridad de la primera norma), dependiendo, a su vez, esta norma de una tercera y así sucesivamente. Ahora bien, la norma de competencia no necesita ser válida, pues puede tratarse de una norma inválida (cuya creación está prohibida por otra norma) o de una «norma soberana» —denominación de Wright; arriba la denominamos independiente—, es decir, una norma que no es válida ni inválida ¹⁸⁰. Alchourrón y Bulygin señalan en este sentido que si por norma válida se entiende una norma dictada por la autoridad competente, es claro que la validez no se identifica con la existencia. V. gr., nadie se tomaría el trabajo de lograr la anulación de una ley inexistente. La existencia parece consistir, pues, en la promulgación: «Con la realización del acto de promulgación comienza a existir la norma (con independencia de la cuestión [de] si la autoridad creadora es competente o no o de si los sujetos normativos han “recibido” la norma[...])» ¹⁸¹.

Es importante señalar que esa promulgación puede ser implícita. Esto es análogo a lo que sucede con las aserciones. Cuando un individuo afirma una proposición no sólo afirma lo que ha dicho explícitamente, sino también todas sus consecuencias lógicas. En efecto, «cuando un individuo A ha afirmado p y rechazado q y se demuestra que q es una consecuencia de p, decimos que la posición de A es incoherente: él no puede afirmar p y negar q, si q es una consecuencia de p. De hecho (psicológicamente) esto es posible: pero en tal caso diríamos que su conducta es *irrational*» ¹⁸². Desde un punto de vista psicológico es perfectamente posible que las proposiciones implicadas por el individuo hayan estado totalmente ausentes de su mente, pero si éstas son contradictorias con algo expresado por él decimos que se muestra incoherente. Y lo mismo vale para las prescripciones.

Lo podemos ver con un ejemplo propuesto por los profesores argentinos. Cuando un sargento ordena: «todos deben correr», implícitamente está ordenando que Pérez, que forma parte del grupo, corra. Esto es así aun en el caso de que el sargento no haya pensado en Pérez o incluso no sepa si Pérez está o no en el grupo. La orden «Pérez deber correr» no ha estado psicológicamente en su mente, «pero si la conducta del sargento ha de calificarse como racional, él ha ordena-

¹⁸⁰ Cfr. H. VON WRIGHT, *Norma y acción*, cit., pp. 200 ss.

¹⁸¹ ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Sobre la existencia...*, cit., p. 37. Queda por resolver la cuestión de cuándo deja de existir una norma, porque puede entenderse que la existencia de una norma comienza y termina de existir junto con el acto de promulgación, en cuyo caso su duración sería mínima, casi instantánea. Pero también cabe interpretar que la norma comienza a existir con la realización del acto de promulgación, de tal manera que, una vez que cobra existencia, no deja de existir nunca (*ibidem*).

¹⁸² *Ibid.*, p. 47.

do implícitamente a Pérez que corra y no podría retirar su orden respecto a Pérez, sin retirar la orden "todos deben correr"¹⁸³.

5.2. ¿Crean derecho los jueces?

Para Alchourrón y Bulygin, la función jurisdiccional tiene como misión resolver conflictos de intereses. Un sistema jurídico primario, opinan, es insuficiente para alcanzar este fin, que es uno de los fines del derecho. Hay dos hechos que obstaculizan la efectividad del derecho. Uno es la duda o ignorancia acerca de la solución que corresponde a un caso individual; otro es el incumplimiento o transgresión de las normas. La jurisdicción obligatoria se constituye como uno de los remedios frente a estos males. Consiste en encomendar a determinados funcionarios estatales (jueces) la tarea de «determinar cuál es la conducta conforme al derecho que deben observar los individuos en cada caso individual, y la de imponer obligaciones y sanciones a todo aquel que no cumpla con lo establecido por el derecho»¹⁸⁴.

Decíamos que la función de los jueces es primordialmente la de resolver los conflictos de intereses. Éstos pueden ser de dos tipos, que, a su vez, dan lugar a dos tipos de preguntas dirigidas al juez y a dos tipos de respuestas correlativas. Las exponemos esquemáticamente a través del siguiente cuadro:

TIPOS DE CONFLICTOS	TIPOS DE PREGUNTAS	TIPOS DE RESPUESTAS	TIPOS DE SENTENCIAS Y TIPOS DE PROCESOS
Sobre la clasificación o tipificación de un caso individual en un caso genérico.	Preguntas de clasificación, que se refieren a la subsunción de un caso individual bajo un caso genérico.	El juez debe determinar si el caso individual es o no ejemplo de un caso genérico, que es una actividad predominantemente cognoscitiva.	Sentencias declarativas. Procesos declarativos.
Sobre la calificación normativa de una determinada conducta.	Preguntas normativas, que se refieren a la calificación normativa de una conducta en un caso individual.	El juez dice qué debe o puede hacer una determinada persona, que es una actividad normativa.	Sentencias normativas. Procesos normativos.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 48. Esto está en franca contradicción con las tesis voluntaristas del último Kelsen, como mostramos en el capítulo dedicado a este autor.

¹⁸⁴ *IMCS*, p. 203.

Esquemáticamente, en los procesos declarativos, la pregunta al juez tiene la forma siguiente: «¿el caso individual *i* pertenece al caso genérico *q*?» Y las sentencias declarativas contienen un enunciado de la forma «el caso individual *i* pertenece al caso genérico *q*» o su negación. A su vez, en los procesos normativos, siempre controvertidos, la discusión versa sobre el *status* normativo de una conducta del demandado. Las preguntas que se plantean son del tipo «¿es obligatorio *p*?» Las respuestas correspondientes son *normas* o soluciones del tipo «Op» o «-Op» (o sea, «P-p»). Tanto en la pregunta como en la respuesta se presupone el uso del sistema normativo vigente¹⁸⁵.

Para Alchourrón y Bulygin, la centralización de la función jurisdiccional da lugar a dos sistemas normativos paralelos: el que denominan «sistema primario o sistema del súbdito» y el «sistema secundario o sistema del juez»¹⁸⁶. Éste último está formado por un conjunto de normas que regulan la conducta de los jueces en tanto que jueces, las cuales pueden dividirse en dos grupos:

a) *Normas de competencia*, que confieren a los jueces la jurisdicción, es decir, la facultad de juzgar. En *IMCS* las consideran normas de conducta (permisivas) y al mismo tiempo constitutivas de la autoridad judicial. Posteriormente, Bulygin las considerará como reglas conceptuales¹⁸⁷.

b) *Normas de obligación*, que regulan el comportamiento de los jueces en cuanto jueces. Alchourrón y Bulygin destacan dos clases de ellas: 1.º Tienen el deber de juzgar (aunque lógicamente puede haber situaciones donde no exista esta obligación). 2.º Tienen la obligación de fundar sus decisiones en derecho. Esta obligación es sumamente importante y constituye el puente entre los dos sistemas, primario y secundario¹⁸⁸. La obligación de fundar en derecho una sentencia normativa es la exigencia de usar el sistema primario o del súbdito. En este sentido, explican más adelante, el sistema del juez es secundario¹⁸⁹.

Detengámonos en la fundamentación de la sentencia. Según los autores, ésta tiene dos significados según el tipo de sentencia de que se trate. Cuando la sentencia es declarativa, el problema consiste en demostrar que el caso individual *i* tiene o no la propiedad definitoria del caso general *q*. Aquí, la fundamentación de la sentencia comporta básicamente problemas semánticos. Las dificultades

¹⁸⁵ Un par de aclaraciones: 1.º Los dos tipos de proceso no son excluyentes. 2.º Las sentencias declarativas no contienen normas, pero eso no quiere decir que no puedan tener efectos normativos (secundarios). *IMCS*, pp. 205-207.

¹⁸⁶ *Cfr. IMCS*, p. 205.

¹⁸⁷ *Cfr. ep. 2.*

¹⁸⁸ *Cfr. IMCS*, pp. 210-211.

¹⁸⁹ *Cfr. ibid.*, p. 213.

tienen dos orígenes: por un lado, la falta de información suficiente acerca de los hechos del caso, lo que da lugar a *lagunas de conocimiento*; por otro, la falta de determinación semántica (vaguedad) de los conceptos relevantes, que origina las *lagunas de reconocimiento*¹⁹⁰.

El caso es distinto cuando la controversia es normativa, porque en este caso el juez tiene que dar una solución (Op, Pp...). La justificación de una solución individual consiste, explican Alchourrón y Bulygin, en mostrar que deriva de una genérica. Por lo tanto, la fundamentación de una sentencia normativa es su derivación de un sistema normativo. Es, pues «una operación lógica que tiene naturaleza esencialmente deductiva»¹⁹¹. Ésta comprende tres operaciones: a) clasificación o subsunción del caso individual en algún caso genérico¹⁹²; b) determinación de la solución (genérica) que el sistema normativo correlaciona con el caso genérico; y c) derivación de la solución para el caso individual mediante las reglas de inferencia del sistema. Como se puede apreciar, la existencia de lagunas normativas en el sistema primario o del súbdito puede producir graves dificultades en la operación b, como vamos a ver¹⁹³.

¿De qué manera inciden las lagunas normativas del sistema primario en la situación del juez que debe solucionar un caso individual basándose en él? Aquí hay que distinguir, a juicio de Alchourrón y Bulygin, porque la obligación ge-

¹⁹⁰ Sobre esta clase de lagunas, *vid. ep. 1*.

¹⁹¹ E. BULYGIN, «Sull' interpretazione giuridica», *cit.*, p. 259. Se ha intentado por parte de algunos autores (Recasens, Perelman, Alexy, Aarnio) encontrar argumentos específicamente jurídicos que permitan justificar decisiones que no se siguen lógicamente de las premisas, sino que se presentan como razonables. Se considera que la lógica deductiva es incapaz de dar cuenta de tales decisiones, especialmente en los casos difíciles. Alchourrón y Bulygin no están de acuerdo con esta opinión y entienden que la justificación de las decisiones puede ser en todo caso explicada a partir de la lógica deductiva común simplemente haciendo explícitas las premisas tácitas o suprimidas en el razonamiento (*ibid.*, p. 261). Un estudio más amplio de este punto puede verse en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Limits of Logic and Legal Reasoning», en A. MARTINO (ed.), *Pre-Proceedings of the III. International Conference Logica-Informatica-Diritto*, vol. II, Florencia, 1989, pp. 1-20.

¹⁹² Aquí los autores echan de ver que los problemas de clasificación, y consiguientemente la eventualidad de lagunas de conocimiento y de reconocimiento, se dan también en la fundamentación de las sentencias normativas. *Cfr. IMCS*, p. 212.

¹⁹³ La obligación de fundar en derecho sus decisiones no siempre se cumple, precisan Alchourrón y Bulygin; bien porque el juez se equivoca creyendo que el sistema establece algo distinto de lo que establece, bien porque deja de lado deliberadamente la solución prevista en el sistema, o bien porque una de las partes no prueba los hechos o pierde por razones procesales. Todos estos hechos hay que tenerlos en cuenta, pero los autores, por razones temáticas, no se sienten directamente concernidos por ellos y procuran, además, evitar entrar en su análisis para «no incurrir en exageraciones propias de algunos autores "realistas"» (*IMCS*, pp. 213-214).

nérica de fundar su decisión en el sistema primario se traduce en una serie de obligaciones específicas que dependen del *status* normativo que tenga la conducta del demandado en dicho sistema. Éstos son los casos que pueden presentarse¹⁹⁴:

a) Del sistema primario se infiere que el demandado tiene la obligación de realizar la conducta. En este caso, el juez tiene la obligación de condenarle.

b) Al demandado le está permitido en el sistema primario abstenerse de hacer lo que el demandante pretende. En este caso tiene la obligación de rechazar la demanda.

c) La conducta del demandado no está normativamente determinada por el sistema (existe una laguna). Aquí, el juez *no tiene ninguna obligación específica, sólo la de juzgar*. Y cumple con esta obligación de dos maneras posibles: condenando al demandado o rechazando la demanda. Pero se plantea la cuestión siguiente: ¿cómo cumplirá el juez con la obligación de fundar su decisión en el sistema del súbdito?, porque si el sistema primario no dice nada sobre el *status* deóntico de la conducta del demandado, el juez no puede cumplir con la obligación de fundar su decisión en ese sistema. Estiman Alchourrón y Bulygin que lo más que puede hacer es modificar el sistema primario y luego resolver con base en ese sistema modificado. Pero para ello tiene que estar autorizado. Esto es lo que hace, por ejemplo, el Código civil suizo que faculta al juez a resolver —a falta de ley o de costumbre aplicable— como si fuera el legislador¹⁹⁵.

Ahora bien, si el juez no está autorizado la situación es insoluble, pues necesariamente dejará de cumplir con alguna de sus obligaciones. Entonces resulta que si no modifica el sistema y resuelve, su decisión no está fundada en derecho. Y si lo modifica, realiza un acto prohibido porque no está autorizado. Por último, si se abstiene de resolver, viola su deber de juzgar en todo caso. «Esto muestra —escriben los autores— que las tres exigencias (la prohibición de abstenerse de juzgar, la obligación de juzgar conforme al derecho y la prohibición de modificar el derecho) son incompatibles entre sí en el caso de laguna y sólo pueden coexistir si el sistema es completo»¹⁹⁶.

Con esto rechazan la tesis —cuyo representante más conocido es Kelsen— según la cual el ordenamiento jurídico es necesariamente completo y no tiene

¹⁹⁴ *Cfr. IMCS*, pp. 215-216.

¹⁹⁵ Algunos han argüido la completitud de los sistemas jurídicos a partir de esta norma. Sin embargo, opinan Alchourrón y Bulygin, «el hecho de que el juez esté autorizado para modificar el derecho no demuestra, desde luego, que las lagunas no existan. Todo lo contrario: sólo si se admite que puede haber lagunas, tiene sentido una cláusula como la del art. 1 del Cód. Civil suizo» (*IMCS*, p. 218).

¹⁹⁶ *IMCS*, p. 218.

lagunas. Esta tesis se basa en el famoso principio «todo lo que no está prohibido está permitido», al que Bulygin denomina «principio de prohibición»¹⁹⁷. Significa que el derecho prohíbe ciertas conductas y las demás conductas, al no estar prohibidas, están permitidas. Pues bien, para Bulygin este argumento es una falacia, basada en la falta de distinción entre normas y proposiciones normativas, por un lado y entre diferentes sentidos del término «permitido», por otro. La demostración es irrefutable.

Si el principio de prohibición es una norma, entonces es contingente. Y si es una proposición normativa caben dos posibilidades; o bien «permitido» significa «no prohibido» (permisión negativa o débil), o bien significa permisión positiva o fuerte. Pues bien, lo primero es tautológico y lo segundo, falso. Tautológico en el primer caso, porque equivale a decir que lo no prohibido no está prohibido; falso en el segundo, porque viene a decir que lo no prohibido está permitido por alguna norma, pero del mero hecho de la ausencia de una norma prohibitiva no cabe inferir la presencia de una norma permisiva. En definitiva, concluye Bulygin, la tesis de *IMCS* es verdadera. Ante una laguna normativa, el juez no tiene la obligación de condenar al demandado ni tampoco de rechazar la demanda, esto es, puede decidir discrecionalmente el caso individual¹⁹⁸.

Sin embargo, la tesis de *IMCS* ha sido criticada por Ruiz Manero y Atria, que defienden la idea de que en el caso de que no exista una norma específica que obligue a condenar, el juez debe rechazar la demanda, si bien reconocen, a diferencia de Kelsen, la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico¹⁹⁹. Para estos profesores, aunque el caso genérico en la terminología de Alchourrón y Bulygin no esté regulado, el caso individual siempre está regulado. Esto es, se considera, a diferencia de lo que opinan los profesores argentinos, que las respuestas a las preguntas «¿qué establece el derecho para el caso genérico?» y «¿qué debe hacer el juez en un caso individual que pertenece a ese caso genérico?» son independientes²⁰⁰. Atria en particular, siguiendo a Hart, considera que la actividad jurisdiccional consiste principalmente en la determinación autoritativa del hecho de violación de las reglas primarias, sien-

¹⁹⁷ Cfr. E. BULYGIN, «Los jueces ¿crean derecho?», en J. MALEM; J. OROZCO y R. VÁZQUEZ (comps.) *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 28.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 29.

¹⁹⁹ Cfr. J. RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas*, cit., pp. 38-45; Fernando ATRIA, *On Law and Legal Reasoning*, Oxford-Portland Or., Hart Publishing, 2001, pp. 76 ss.

²⁰⁰ Cfr. F. ATRIA, *op. cit.*, p. 78. Plantea las preguntas a través de un ejemplo hipotético concerniente al derecho escocés.

do la solución de conflictos una mera consecuencia secundaria de la aplicación de las reglas primarias²⁰¹.

Sin embargo, para Bulygin, estos autores incurren en el error de construir su argumento sobre la base de ejemplos de derecho penal, el cual contiene el principio *nullum crimen sine lege*, que elimina las lagunas de este campo. No ocurre lo mismo en otra clase de procesos (civiles, mercantiles, laborales, administrativos, etc.) que, cuando son contradictorios, siempre presentan conflictos de intereses que el juez debe resolver, los cuales se dan no sólo entre particulares, sino también entre éstos y el Estado o incluso entre los distintos órganos del Estado²⁰².

Ruiz Manero y Atria consideran que hay siempre una respuesta correcta a la pregunta «¿qué debe hacer el juez en el caso individual?» (en los casos en que el derecho nada dice, rechazar la demanda). Pero para Bulygin esto entraña una diferencia fundamental entre la sentencia que estima la demanda y la sentencia que la rechaza. En orden a la primera el juez necesita una norma general que diga que el demandado debe hacer lo que el actor pretende que haga; en orden a la segunda bastaría el hecho de que no exista una tal norma. Para el profesor argentino no hay tal diferencia. Toda sentencia contiene en su parte dispositiva una norma individual, tanto la que estima la demanda (se ordena al actor hacer lo que el demandante pretende que haga), como la que la rechaza (se permite al demandado no hacer lo que el demandante pretende que haga). Esto es así porque la función del juez no es informar a las partes, sino resolver el conflicto, para lo que tiene que dictar una norma. Entonces, ¿cómo justifica el juez estas normas individuales?: mediante normas generales, normas que correlacionan el caso genérico al que pertenece el caso individual con la solución genérica. Si resulta que el caso genérico correspondiente no está solucionado por ninguna norma general, el juez tiene que crear una norma general para solucionarlo²⁰³.

La conclusión que extrae Bulygin es muy interesante. Escribe: «La separación tajante entre la función del poder legislativo como creador de las normas generales y el poder judicial como mero aplicador de esas normas resulta insostenible»²⁰⁴. Esto no lo dice porque considere con Kelsen que dictar normas individuales sea crear derecho, sino porque *los jueces crean también normas generales*, y no sólo los órganos supremos de justicia, sino también los jueces

²⁰¹ *Ibid.*, pp. 79-80.

²⁰² Cfr. E. BULYGIN, «Los jueces ¿crean derecho?», cit., p. 31.

²⁰³ *Ibid.*, pp. 31-32.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 35.

ordinarios, que se ven obligados también a crear normas generales cuando se enfrentan con casos de lagunas, incluidas las axiológicas, y con contradicciones normativas²⁰⁵.

Ahora bien, existen importantes diferencias entre las normas generales de creación judicial y las de creación legislativa. Así, las normas creadas por el poder legislativo obligan a todos y en especial a todos los jueces. Sin embargo, las normas generales que el juez establece para justificar sus decisiones no obligan, en principio, a otros jueces, si bien pueden llegar a constituir precedentes que lleguen, mediante la adhesión de otros jueces, a formar jurisprudencia²⁰⁶. El desarrollo de todos estos extremos se encuentra, no obstante, en un trabajo anterior, de 1966, que contiene importantes precisiones²⁰⁷.

Bulygin reconoce que la actividad fundamentadora del juez²⁰⁸ no es una tarea puramente mecánica. Interés especial ofrecen los casos atípicos, que obligan al juez a decidir sobre su inclusión o exclusión en el campo de aplicación de un concepto. En relación con ellos, opina que es falso afirmar que su posibilidad puede eliminarse mediante la elaboración de un lenguaje técnico, ya que los casos dudosos existirán siempre²⁰⁹.

Algunos autores, señaladamente Kelsen, opinan que los jueces, al aplicar una norma general, crean una norma individual. Esto no es correcto, a juicio de Bulygin, porque las *normas* individuales no son creadas por el juez, sino deducidas de la norma general fundante, las definiciones en juego y los hechos del caso. Esto quiere decir que al juez «le está prohibido crear normas indivi-

²⁰⁵ En cuanto a la solución de conflictos normativos, *vid.* C. E. ALCHOURRÓN y D. MAKINSON, «Hierarchies of Regulations and their Logic», *cit.* Por lo que se refiere a Bulygin, cuando hay normas generales que correlacionan un caso genérico con dos o más soluciones incompatibles, el caso individual no puede ser resuelto por el juez sin modificar las normas existentes. Normalmente suelen establecer una jerarquía de normas y dejan de aplicar la menos importante. «Esta operación equivale o bien a una derogación parcial de una de las normas en conflicto (al introducir en ella una excepción), o bien a su derogación total. Pero la derogación (ya sea total o parcial) de normas forma parte de la actividad típicamente legislativa, que la doctrina tradicional atribuye con exclusividad a los legisladores». E. BULYGIN, «Los jueces ¿crean derecho?», *cit.*, p. 36.

²⁰⁶ *Ibid.*, pp. 35-36.

²⁰⁷ *Cfr.* E. BULYGIN, «Sentencia judicial y creación de derecho», en *La Ley*, 124 (1966). Este trabajo se encuentra recogido en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, *cit.*, pp. 355-369.

²⁰⁸ «Justificar o fundar una decisión consiste en construir una inferencia o razonamiento lógicamente válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión» (C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, *cit.*, p. 356).

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 359.

duales»²¹⁰. El juez tampoco puede crear normas generales, porque debe fundar sus decisiones en normas preexistentes. Sin embargo, como hemos visto, pueden darse casos que no están previstos por el orden jurídico. Aquí, el juez puede estar autorizado a crear una norma general que fundamente su decisión. El procedimiento más frecuente para ello es el del razonamiento analógico²¹¹. Es, en definitiva, la creación de estas normas generales —y no de las resoluciones judiciales— lo que permite sostener que la actividad judicial es fuente de derecho²¹².

En relación con el tema de la jurisprudencia como fuente del derecho, Bulygin hace algunas precisiones de interés: 1.º) Es falso afirmar que la jurisprudencia es el conjunto de las normas individuales, porque de lo que consta es de normas generales en las que aquéllas se fundamentan. 2.º) No toda norma que crea una norma general hace jurisprudencia: la jurisprudencia es «el conjunto de normas *vigentes* creadas por los jueces»²¹³. 3.º) Son relativamente pocos los casos en que los jueces tienen oportunidad para crear una norma nueva. Las más de las veces lo que crean son enunciados definatorios.

«Esto último pone de manifiesto la insuficiencia de la definición tradicional de orden jurídico como conjunto de normas: tanto las normas, como las definiciones forman parte del derecho. La jurisprudencia es fuente de derecho en el sentido de que los jueces contribuyen a la creación de normas jurídicas y a la definición de los conceptos jurídicos»²¹⁴.

5.3. La actividad de la Ciencia jurídica

Alchourrón y Bulygin ponen de manifiesto un prejuicio ciertamente muy arraigado, no sólo entre los juristas, que consiste en identificar el ámbito de la lógica

²¹⁰ A juicio de Alchourrón y Bulygin, el error en el que incurren determinados autores tiene su origen en Kelsen, para quien toda norma jurídica es necesariamente obligatoria, donde obligatoriedad y existencia son sinónimos. Sin embargo, la única norma obligatoria que encuentra Kelsen es la norma individual contenida en la parte dispositiva de la sentencia. Una aclaración del concepto de obligatoriedad y otros conceptos relacionados, como validez, vigencia o eficacia, se halla en *Análisis lógico y derecho*, *cit.*, pp. 362-363.

²¹¹ *Cfr.* E. BULYGIN, «Sentencia judicial y creación de derecho», pp. 360-362.

²¹² *Ibid.*, pp. 366-367.

²¹³ Para Bulygin son vigentes cuando de hecho son aplicadas por los jueces o existen buenas razones para afirmar que serían aplicadas llegado el caso. Una sola sentencia puede llegar a crear jurisprudencia si proviene de un tribunal de gran prestigio.

²¹⁴ E. BULYGIN, «Sentencia judicial y creación de derecho», p. 369.

deductiva con la actividad mecánica, «como si todas las operaciones dentro del campo de la lógica no fueran más que operaciones mecánicas». Pues bien, esto, a su juicio, es un gravísimo error. Una actividad teórica, entienden, sólo puede ser considerada como mecánica en el caso de que existan procedimientos efectivos para la solución de problemas, entendiéndose por procedimientos efectivos un conjunto de reglas que determinan unívocamente cada uno de los pasos que en todo caso de aplicación conduce a la solución buscada en un número finito de pasos. Pues bien, en su opinión, esto se da sólo en algunas áreas de las Matemáticas, y no en todas. No hay tal clase de procedimientos, por ejemplo, para encontrar un nuevo teorema. Esta operación exige la combinación de factores racionales e intuitivos, y se requiere talento, intuición, imaginación creadora y, a veces, suerte. En general, siguiendo a Carnap, Alchourrón y Bulygin afirman que no hay procedimientos efectivos para aquellos problemas que consisten en el hallazgo de una conclusión (dado un conjunto de enunciados como premisas, se trata de hallar una conclusión). Tampoco los hay cuando el problema consiste en construir una prueba (dados dos enunciados se trata de averiguar si el primero de ellos implica lógicamente el segundo). Ésta no es tampoco una actividad mecánica y requiere la intervención de factores «racionalmente no controlables, es decir, elementos creadores». Sí es posible una actividad puramente lógica cuando se trata de examinar una prueba dada (dados dos enunciados y la prueba de que el primero de ellos implica lógicamente al segundo, se trata de averiguar si la pretendida prueba es, realmente, una prueba válida, es decir, si está de acuerdo con las reglas de inferencia)²¹⁵.

En definitiva, para los dos primeros problemas —que pertenecen a lo que Reichenbach llama el «contexto de descubrimiento»—, no hay reglas lógicas capaces de reemplazar la función creadora del hombre. Sin embargo, el problema de examinar una prueba dada, que pertenece según este autor al «contexto de justificación», sí puede ser incluido en el campo de la lógica formal²¹⁶.

Pues bien, si gran parte de la actividad del lógico o del matemático no es puramente mecánica, menos aún lo es la del jurista. En particular, por lo que se refiere a su labor sistematizadora, Alchourrón y Bulygin opinan que, efectivamente, no hay tal mecanicismo. Así, escriben: «Resulta claro que a pesar de ser deductivo el razonamiento del jurista que extrae principios generales (normas

²¹⁵ Cfr. Rudolf CARNAP, *Logical Foundation of Probability*, 2.ª ed., Chicago 1962, § 43, pp. 192-199. Cit. en *IMCS*, p. 134.

²¹⁶ Cfr. HANS REICHENBACH, *The Rise of Scientific Philosophy*, Univ. of California, 1951. Existe versión castellana: *La filosofía científica*, México-Buenos Aires, 1953, p. 210, cit. en *IMCS*, p. 136.

complejas) de enunciados de derecho dados y a pesar de que la relación entre sus premisas y la conclusión (la nueva base) es la de implicación lógica, la tarea de reconstrucción del sistema o, mejor dicho, de la reformulación de la base que consiste, entre otras cosas, en descubrir los principios generales implícitos, dista mucho de ser mecánica»²¹⁷. Se trata, pues, de una actividad con un gran componente de creatividad. En sus propias palabras: «Esta tarea exige un considerable grado de ingenio, imaginación creadora y aquella intuición especial que los alemanes llaman "*Einfühlung*". Es en este campo donde la diferencia entre el talento y la mera laboriosidad se hace patente y donde es indispensable la presencia del primero»²¹⁸.

Ahora bien, aclaran, la función de la Ciencia jurídica «no consiste en la creación de nuevos enunciados de derecho, ni se confunde, por tanto, con la creación legislativa». Sin embargo, no se puede calificar la actividad científica de mera descripción. No obstante, resulta excesivo el recelo de algunos juristas hacia una excesiva matematización del derecho, sencillamente porque es imposible reemplazar la función creadora del genio; imposible su reemplazo por autómatas y computadoras²¹⁹.

Los dogmáticos del derecho, a juicio de Alchourrón y Bulygin, cumplen una importante «función normativa» que va mucho más allá del mero conocimiento del derecho, ya que a menudo formulan «propuestas para el cambio del sistema existente». Cuando estas propuestas son aceptadas por la comunidad jurídica, producen modificaciones importantes, aunque, obviamente, más sutiles y restringidas que las de las autoridades legislativas. «Pero —en palabras de Bulygin— es importante tener presente que tales modificaciones son *cambios*, es decir, sustituciones de un sistema por otro nuevo, y como tales deben ser distinguidos tajantemente de la operación que hemos llamado sistematización que no tiene por objeto transformar un sistema en otro, no equivalente con el primero»²²⁰.

Los dogmáticos del derecho no cambian el derecho de manera directa, sino que lo que hacen es adecuar o ajustar el sistema a ciertas exigencias. Bulygin

²¹⁷ *IMCS*, p. 136.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ Cfr. *IMCS*, pp. 136-137.

²²⁰ E. BULYGIN, «Dogmática jurídica y sistematización del derecho», *cit.*, p. 477. Alchourrón afirma que los juristas llevan a cabo la doble tarea de la descripción del derecho y la de su valoración crítica (ésta segunda con la mira de proponer cambios que, una vez aceptados por la comunidad jurídica, conduzcan a la sustitución del sistema jurídico actual por otro nuevo). Cfr. C. E. ALCHOURRÓN, «Sistemization and Change in the Science of Law», en *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*, Berlín, Duncker & Humblot, 1986, pp. 171-184, en particular p. 183.

se refiere a las exigencias racionales de integridad y coherencia y la exigencia moral de justicia. Advierte también que los dogmáticos del derecho no suelen ejercer esta función normativa de un modo abierto, sino que tratan de disfracarla por medio de recursos retóricos —como tributo a la ideología de la separación de poderes—²²¹. Del mismo modo, Alchourrón remarca la importancia de la función descriptiva de la Ciencia del derecho, señalando: *a)* que nos permite identificar el derecho existente, que será objeto de valoraciones críticas; y *b)* que pone de manifiesto las propiedades y eventuales deficiencias del sistema jurídico; a saber, lagunas, contradicciones y falta de justicia, lo cual provee de razones para la crítica y eventualmente determinará el cambio del sistema²²².

Las técnicas que utilizan los dogmáticos del derecho para hacer frente a los defectos del sistema jurídico —que, si nos atenemos al pensamiento de estos autores, consistirán en lagunas, contradicciones, indeterminaciones o injusticias— son varias. A veces tratan de solucionarlos en el nivel de la identificación de las normas. Con esto, Bulygin quiere decir que si hay *varias interpretaciones* posibles de un texto, los dogmáticos preferirán la que no dé lugar a lagunas o conflictos normativos. Si esto no es posible, entran en juego otras técnicas, como el *razonamiento analógico* —el cual implica, según Bulygin, reemplazar una norma por otra—. Una técnica muy usada en caso de incoherencia es la *ordenación jerárquica* de las normas. Esta técnica ha sido muy estudiada por Alchourrón y Makinson²²³. Ellos han tratado de demostrar que imponer un orden sobre un sistema (o cualquier modificación del orden existente) es equivalente a la derogación de ciertas normas (las descartadas como inferiores o menos importantes). Esto muestra, para Bulygin, que «un sistema normativo no es tan sólo un conjunto de normas (clausurado bajo la deducción) —tal como fue definido en NS— sino un conjunto *ordenado* de normas. Todo cambio de la ordenación da lugar a un nuevo sistema, aun cuando los elementos (las normas) del sistema permanezcan idénticos, porque las correlaciones de casos con soluciones son diferentes»²²⁴. Por eso considera que el término «sistema jurídico» es ambiguo. Justamente, los dogmáticos se valen de esta ambigüedad para aducir que ellos no cambian el sistema porque no cambian las normas, aun cuando cambie el orden jerárquico

²²¹ Cfr. E. BULYGIN, «Dogmática jurídica y sistematización del derecho», *cit.*, pp. 477-478.

²²² Cfr. C. E. ALCHOURRÓN, «Sistematization and Change in the Science of Law», *cit.*, p. 183.

²²³ Vid. C. E. ALCHOURRÓN, y D. MAKINSON, «Hierarchies of Regulations», *cit.*, pp. 125-148.

²²⁴ E. BULYGIN, «Dogmática jurídica y sistematización del derecho», *cit.*, p. 479.

de estas normas²²⁵. Por último, en relación con la exigencia moral de justicia, la técnica usual es la de la laguna axiológica.

6. EL CONTENIDO DEL SISTEMA JURÍDICO

La cuestión del contenido del sistema jurídico se determina en principio a través de las cláusulas 1 a 5 de la regla de identificación del orden jurídico²²⁶. Esto quiere decir que el contenido del orden jurídico estaría constituido por la suma de todas las normas independientes y las derivadas de ellas a través de los criterios de legalidad y deducibilidad. Sin embargo, es evidente que con esto sólo estamos en condiciones de determinar el contenido *formal* del orden jurídico. Pero la cuestión que ahora nos interesa es la de si existe algún contenido que necesariamente haya de incorporar el orden jurídico, sea cual sea su composición empíricamente hablando. Esto es, hay que dilucidar la cuestión ontológica, a que dedicamos este epígrafe.

Conviene advertir que Alchourrón y Bulygin pertenecen a la tradición analítica, que no se caracteriza por ser demasiado proclive a una visión sustantiva del derecho y de la moral. Para John Austin, por ejemplo, sólo es derecho en sentido estricto el conjunto de leyes o reglas establecidas por los superiores políticos a los súbditos²²⁷. Hart, a su vez, considera que hay que distinguir entre la invalidez de las normas jurídicas y su inmoralidad, pues su iniquidad no afecta a su validez²²⁸. Alchourrón y Bulygin no son una excepción a esta tendencia. Pero tampoco manifiestan una oposición expresa a otras visiones alternativas.

En efecto, la teoría del sistema normativo, tal y como aparece recogida en *IMCS*, se presenta como absolutamente neutral y puede en teoría ser aceptada lo mismo por el iuspositivista que por el iusnaturalista. Recordemos que la base axiomática del sistema jurídico puede estar constituida, según *IMCS*, por enunciados de derecho natural²²⁹.

²²⁵ *Ibid.*, p. 479.

²²⁶ Cfr. E. BULYGIN, «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *cit.*, pp. 263-264. Hemos expuesto y analizado esta regla arriba en el ep. 4.2.2.

²²⁷ Cfr. JOHN AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). Se ha consultado la versión castellana *El objeto de la jurisprudencia*, trad. de J. R. de Páramo, Madrid, CEPC, 2002, p. 34.

²²⁸ Cfr. H. L. A. HART, *CD*, p. 261.

²²⁹ Cfr. ep. 1 de este capítulo.

6.1. El tema de la justificación normativa

La pregunta del porqué de la conducta humana se puede responder al menos de dos maneras²³⁰. Una posibilidad consiste en explicar por qué ocurrió el hecho de la conducta en cuestión, poniendo de manifiesto los motivos que impulsaron al agente o agentes a ejecutarla. De esto se ocupan Ciencias empíricas como la Psicología o la Sociología. La otra posibilidad es hacer referencia a la calificación deóntica de la conducta, lo cual nos conduce al terreno de las razones, al terreno de la justificación normativa, y se ocupan de ella las Ciencias normativas, tales como la Ciencia jurídica o la Ética. Para Alchourrón y Bulygin, «justificar normativamente la calificación deóntica de una conducta por medio de un sistema normativo consiste en mostrar que de ese sistema se infiere (es consecuencia del sistema) la obligación, la prohibición o la permisón de la conducta de que se trata»²³¹. Estrictamente hablando, aclaran los autores, lo que un sistema normativo justifica no es la conducta, sino la solución, esto es, la calificación deóntica de la conducta²³².

Es interesante, por lo que vamos a ver enseguida, el paralelismo que establecen estos autores entre la lógica de la justificación normativa y la de la explicación científica (causal). Así como la explicación causal puede tener por objeto tanto hechos empíricos (individuales), como leyes naturales, también la justificación normativa puede referirse tanto a conductas particulares (soluciones individuales), como a conductas genéricas (soluciones genéricas)²³³.

Esto enlaza con los requisitos que a juicio de estos autores deben cumplir los enunciados del sistema. Mientras que en la explicación científica éstos tienen que ser *verdaderos*, en las ciencias normativas, el criterio de identificación de los enunciados no es la verdad, sino la *validez*. Ésta se determina de manera distinta en función de los enunciados de que se trate. Así como en la explicación de los fenómenos empíricos distinguimos entre explicaciones físicas, químicas, biológicas, sociológicas, etc. según el tipo de las leyes usadas, también cabe apelar a distintos tipos de enunciados cuando de lo que se trata es de justificar la calificación deóntica de los actos u omisiones (soluciones). Según el contexto,

²³⁰ Cfr. Oscar VERGARA, «La noción de "orden" o "mandato" en la Teoría general del derecho del realismo escandinavo. Una nota sobre las limitaciones del análisis psicologista del lenguaje normativo», en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 7 (2003), pp. 815-827, en particular, p. 815.

²³¹ *IMCS*, p. 229.

²³² *Ibidem*.

²³³ *Ibid.*, p. 230.

explican Alchourrón y Bulygin, recurrimos a enunciados jurídicos, morales, religiosos, etc., lo que permite distinguir entre justificaciones jurídicas, morales, religiosas y otras. En general, toda justificación implica la existencia de un conjunto de enunciados considerados válidos, esto es, admisibles para integrar el sistema y es en este sentido relativa a un criterio de validez²³⁴.

En su opinión: «La diferencia tal vez más importante entre las ciencias empíricas y la explicación causal por un lado, y las ciencias normativas y la justificación normativa, por el otro, reside en la diferencia entre la verdad y la validez»²³⁵. La diferencia es en extremo importante, porque mientras que los criterios de la verdad no son convencionales, la validez, a juicio de Alchourrón y Bulygin, sí tiene carácter convencional. Esta apreciación es ciertamente relevante en orden al tema de la justificación y pone de manifiesto que el derecho tiene para ellos carácter convencional. Es obvio, pues, que toman partido por el positivismo jurídico.

Pero no conviene ir tan deprisa, porque, para ellos, el carácter convencional de la validez es una cuestión de grado. Un extremo lo encontramos en las reglas de los juegos, puramente convencionales. Las normas jurídicas no son, sin embargo, tan convencionales, puesto que su validez «depende de ciertas convenciones básicas que son mucho menos fáciles de modificar que las reglas de un juego»²³⁶. Por último están la moral absoluta y el derecho natural: «aquí el carácter convencional está reducido a cero [...]»²³⁷.

¿Es esto algo más que una cortesía académica? Desde luego, tal y como está formulado, no parece que Alchourrón y Bulygin sostengan teoría alguna de derecho natural. Más bien se limitan a constatar la existencia de teorías iusnaturalistas. Por tanto, la existencia del derecho natural es, a lo sumo, una hipótesis. Pero si se parte de dicha hipótesis, la diferencia entre validez y verdad se desvanece. Esto lo advierten muy bien Alchourrón y Bulygin, cuando añaden: «¿qué inconveniente hay en decir que los enunciados de la moral racional o del derecho natural son verdaderos, suponiendo que existan tales enunciados?»²³⁸. En efecto, el derecho natural y la moral absoluta implican de suyo la existencia de enunciados verdaderos, por lo que no existe, en tal hipótesis, ninguna dificultad para hablar en esos ámbitos en términos de verdad/falsedad.

²³⁴ *Ibid.*, pp. 233-234.

²³⁵ *Ibid.*, p. 234.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ *Ibid.*, p. 234.

Bulygin ha refutado la idea muy extendida de que el juez tenga soberanía para decidir sobre la verdad de los hechos fácticos que se presentan a su conocimiento. Al contrario, las decisiones judiciales no son infalibles, ni siquiera las de un tribunal supremo y pueden estar equivocadas si se fundan en enunciados de hecho falsos²³⁹.

En esta línea de teórica apertura, también indican Alchourrón y Bulygin que el hecho de que los sistemas normativos puedan ser «creados» por el hombre depende de aquel carácter convencional de los criterios de validez, dejando abierta esta cuestión²⁴⁰.

A su vez, plantean que la relatividad de la justificación normativa no impide preguntar por la justificación del sistema normativo mismo, que es una justificación de segundo nivel, la cual puede ser hecha con referencia a un conjunto de enunciados que puede pertenecer al mismo tipo que los enunciados del primer sistema o a un tipo distinto²⁴¹. Ellos no lo hacen, pero en pura lógica cabría recurrir a la moral, al derecho natural o a otros ideales y valores.

En definitiva, sin defender expresa o tácitamente posiciones iusnaturalistas, formulan una teoría neutral, que en línea de principio es compatible tanto con el iusnaturalismo como con el iuspositivismo. He aquí un camino útil para progresar en la Ciencia del derecho, superando enervantes antagonismos. No obstante, habría que hacer algunos ajustes adicionales en materia de identidad del sistema jurídico. Añadimos algunas referencias adicionales que ponen de manifiesto esta apertura a posiciones no estrictamente positivistas.

En materia de inducción jurídica, Alchourrón y Bulygin afirman que ésta no tiene por qué ser considerada en todos los casos como no rigurosamente lógica, pues puede partir de todos los casos de un género, que es a lo que justamente Aristóteles llamó inducción. Se diferencia del silogismo en que, en lugar de probar un caso por una regla, se prueba la regla observando el resultado en todos los casos. Ahora bien, y esto es lo que nos interesa, la posibilidad de inspeccionar todos los casos se da cuando su número es finito, pero esto es sólo verdadero para el derecho positivo. Sin embargo, un sistema de derecho natural, advierten, puede estar formado (aunque no necesariamente) por un número infinito de enunciados. No obstante, añaden, desde un punto de vista práctico la Ciencia del derecho opera hoy casi exclusivamente con el derecho positivo²⁴².

²³⁹ Cfr. E. BULYGIN, «Sull' interpretazione giuridica», cit., pp. 270-274.

²⁴⁰ Cfr. IMCS, p. 235.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² *Ibid.*, pp. 131-133.

En otro lugar, al referirse a las lagunas y a la hipótesis de relevancia, sobre lo cual ya tratamos (recordemos que para Alchourrón y Bulygin la cuestión de saber si una propiedad debía o no ser relevante para un universo de acciones era un problema axiológico), observan que la hipótesis de relevancia supone un criterio valorativo. Y este criterio puede ser subjetivo, pero también objetivo si es relativa a un valor o conjunto de ellos, e incluso absolutamente objetivo si el criterio de valor es proporcionado por el derecho natural²⁴³.

Asimismo, señalan que entre las ventajas de la definición tarskiana de sistema normativo figura la propiedad de que no dice nada acerca de los enunciados jurídicos que constituyen la base del sistema: pueden ser los contenidos en un código, en una ley, los extraídos de las sentencias judiciales, o incluso los procedentes del derecho natural²⁴⁴.

Por último, desde un punto de vista más sustancial, es muy elocuente la siguiente conceptualización del sistema jurídico: «El sistema jurídico, al igual que otros sistemas normativos, califica normativamente ciertas conductas (en determinadas circunstancias) y regula de esa manera los comportamientos de los individuos que integran un grupo social, contribuyendo a su convivencia pacífica al prever anticipadamente la forma como han de solucionarse los conflictos de intereses que puedan suscitarse»²⁴⁵. He aquí una clara incursión en la ontología jurídica. Inevitablemente surge la siguiente pregunta: ¿puede considerarse derecho válido un enunciado que se separe mucho de este postulado finalista? Sería incoherente, pero la coherencia es uno de los criterios de pertenencia al orden jurídico.

6.2. El dilema de Jørgensen

A pesar de todas estas concesiones, hay que afirmar que Alchourrón y Bulygin son positivistas. Podemos probarlo con base en el planteamiento que hacen del dilema de Jørgensen²⁴⁶. Este dilema consiste en lo siguiente. En la lógica convencional, la noción de consecuencia se caracteriza a partir de y con relación a los enunciados verdaderos o falsos. Sin embargo, muchas normas se

²⁴³ *Ibid.*, p. 156.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 98.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 202. Cursiva añadida.

²⁴⁶ Cfr. C. E. ALCHOURRÓN y A. MARTINO, «Lógica sin verdad», en *Theoria. Revista de Teoría, Historia y Fundamentos de la Ciencia*, 2.ª época, 3 (1988), pp. 7-43; de los mismos autores, «Logic without Truth», en *Ratio Juris* 3 (1990), pp. 46-67.

expresan con enunciados que carecen de valores de verdad. Pero si la implicación lógica tiene lugar entre enunciados verdaderos o falsos y las directivas carecen de valores de verdad, la lógica de las normas no es posible²⁴⁷. Ésta es la postura que adopta el último Kelsen.

Una salida a este dilema viene a juicio de estos autores advirtiendo que la clásica definición semántica de la noción de consecuencia —en la cual los conceptos de verdad y falsedad desempeñan un papel esencial— no es la única posible caracterización. Escriben Alchourrón y Martino: «En la historia de la lógica, la caracterización axiomático-sintáctica de la noción de consecuencia lógica se ha demostrado una aproximación alternativa, fructífera y relevante de la definición semántica»²⁴⁸. Dicho en otras palabras, existe la posibilidad de una *lógica sin verdad*.

Es ésta una propuesta nueva articulada por Alchourrón y Martino siguiendo los pasos de Tarski, Gentzen y Belnap que, si, como opina Bulygin, «se demuestra sólida, implica la extensión de la lógica más allá de los límites de la verdad, lo que es de evidente importancia para los fenómenos normativos como el derecho y la moral»²⁴⁹. Por tanto, todo depende de que la teoría *se demuestre sólida*. Mientras tanto, quizás sea un poco precipitado pensar que se puede superar el dilema de Jørgensen por otra vía que no sea la de atribuir a las normas valores de verdad, cosa que ni Alchourrón ni Bulygin están dispuestos a aceptar.

6.3. Sobre la interpretación jurídica

No se puede interpretar el derecho al margen de la cuestión de la justicia. Al menos así lo piensa Bulygin, y ante la pregunta «¿cuáles son los criterios empleados por los jueces para la interpretación jurídica?», responde: «por un lado exigencias racionales de completitud y coherencia; por otro, la exigencia moral de justicia»²⁵⁰. Esto significa que «un sistema jurídico y las decisiones judiciales que lo aplican deben satisfacer ciertos criterios o *standards* mínimos de justicia»²⁵¹. No significa que estos mínimos criterios sean esenciales para el dere-

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 8.

²⁴⁸ C. E. ALCHOURRÓN y A. MARTINO, «Kelsen senza la norma fondamentale», en AA VV, *Sistemi normativi statici e dinamici*, Turín, Giappichelli, 1991, p. 405.

²⁴⁹ E. BULYGIN, «Cognition and Interpretation of Law», *cit.*, p. 30.

²⁵⁰ E. BULYGIN, «Sull' interpretazione giuridica», *cit.*, p. 274. Cursiva añadida.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 276.

cho, pero sí muy relevantes. En otro lugar afirma que el sistema jurídico no puede realizar su función principal —regular el comportamiento humano— si no son satisfechas las exigencias de plenitud y coherencia, pero en el caso de la «exigencia moral de justicia», la situación es diferente, porque si bien el sistema puede funcionar aunque no satisfaga esta exigencia, funcionaría mal²⁵². En su opinión, no es habitual que los jueces abandonen una determinada regulación jurídica por considerar que no satisface las exigencias de justicia, o de algún otro valor. Lo que suele acontecer es más bien es que los jueces aleguen que el legislador no ha previsto determinado caso, ya que de haberlo hecho, lo habría regulado de una manera distinta (es el caso de las lagunas axiológicas)²⁵³.

Acabamos de ver en el epígrafe precedente que Alchourrón y Bulygin no comparten la idea de que las normas alberguen valores de verdad. Sin embargo, su teoría de la interpretación, en términos estrictamente técnicos, es perfectamente compatible con posiciones no positivistas. Para Bulygin, las sentencias judiciales no tienen carácter constitutivo tal y como Kelsen lo entiende (para éste, las sentencias son constitutivas en un doble sentido: constituyen los hechos y constituyen las normas). El profesor argentino considera que esto es inaceptable: los hechos son los que son y las normas son las que son al margen de lo que los jueces y demás funcionarios digan que son. En sintonía con Hart, Bulygin afirma que éstos no son infalibles²⁵⁴.

Es verdad, admite el autor argentino, que un error en la determinación de la verdad de los hechos del caso —que se da excepcionalmente— no anula la decisión del juez y produce efectos jurídicos. Pero esto es un precio que hay que pagar en aras de la seguridad jurídica y la paz social; porque si en lugar de ser un caso excepcional, los jueces, como regla, basaran sus decisiones en enunciados de hecho falsos, todo el sistema jurídico quedaría corrompido. Escribe: «Es importante destacar que la norma de derecho penal —en contra de lo que opina Kelsen— establece el deber de castigar a aquellos que han cometido asesinato y no a aquellos de quienes el juez dice que han cometido un asesinato»²⁵⁵. Lo mismo se puede decir de la determinación de las normas. Si bien es verdad que

²⁵² *Cfr.* E. BULYGIN, «Dogmática jurídica y sistematización del derecho», *cit.*, p. 478. Esta «exigencia de justicia» que menciona Bulygin no se refiere necesariamente a la moral social, sino que los mismos juristas «como agentes morales, deben y a menudo efectivamente tratan de adecuar el sistema existente a las pautas de una moral crítica o ideal» (p. 480).

²⁵³ *Cfr.* E. BULYGIN, «Sull' interpretazione...», *cit.*, p. 276; y «Dogmática jurídica y sistematización del derecho», *cit.*, p. 480. Sobre las lagunas axiológicas, *vid. supra* ep. 4.2.4.4.

²⁵⁴ *Cfr.* H. L. A. HART, *CD*, pp. 176-183.

²⁵⁵ E. BULYGIN, «Cognition and Interpretation of Law», *cit.*, p. 22.

los jueces deciden autoritativamente sobre el derecho aplicable, existiendo un tribunal supremo que tiene la última decisión en esta materia, sería sin embargo erróneo inferir que tal determinación es verdadera en virtud de lo que dice el tribunal. Y más adelante dice: «[...] los jueces están en la obligación de buscar la verdad [...]»²⁵⁶.

Sentadas estas premisas, y volviendo a la cuestión del derecho natural, es palmario que si se va más allá, y se sostiene la existencia de normas y principios jurídicos metapositivos, en el caso de que no fueren respetados por una decisión judicial, se podrá, con base en las anteriores consideraciones, considerar ésta errónea o injusta, aun en el caso de que se ajuste al derecho positivo. Ahora bien, esto nos obligaría a aceptar que las normas jurídicas tienen valores de verdad, lo que nos conduce en la solución del dilema de Jørgensen por el camino opuesto al intentado por Alchourrón.

Abundando en esta idea, hay otro lugar en el que Bulygin, frente a unas críticas infundadas, vuelve a reiterar que, a pesar de que considera que el hecho de que una acción sea obligatoria sólo puede tener su origen en una norma, «esto no quiere decir —escribe— que la pertenencia [al sistema jurídico] sea el único hecho que hace verdadera a una proposición normativa»²⁵⁷. Se refiere, como vimos arriba, a aquellos casos donde resulta obligatorio aplicar una norma derogada (v. gr., una penal más favorable) o perteneciente a otro sistema (v. gr., en virtud de una remisión). Cabe plantearse sobre la hipótesis de una proposición normativa verdadera en función de criterios metapositivos.

6.4. Los derechos humanos

Una buena piedra de toque para aquilatar el positivismo de Bulygin puede ser su filosofía de los derechos humanos. A estos efectos es de interés un trabajo de Bulygin, donde se pregunta precisamente sobre el *status* ontológico de los derechos humanos²⁵⁸.

En él, tras un somero repaso histórico de la cuestión, da cuenta de «un nuevo renacimiento de las teorías jusnaturalistas» (si bien sus protagonistas rara vez emplean el término derecho natural), como en los casos de Dworkin, Rawls,

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 23.

²⁵⁷ E. BULYGIN, «El papel de la verdad en el discurso normativo», *Doxa*, 26 (2003), p. 83.

²⁵⁸ Cfr. E. BULYGIN, «Sobre el status ontológico de los derechos humanos», en *Doxa*, 4 (1987), pp. 79-84, y recogido en ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, cit., pp. 619-625. Hemos consultado esta segunda.

Nozick, Finniss o Nino, a cuyo *Ética y derechos humanos* dedica una especial atención²⁵⁹.

En particular, Bulygin concuerda con Nino en la idea de que los derechos humanos otorgados por un orden jurídico «son derechos morales, que el orden jurídico en cuestión reconoce, pero cuya existencia es independiente de ese reconocimiento»²⁶⁰. No concuerda, sin embargo, con Nino en la idea de una moral con validez objetiva ni que ésta pueda ser asumida por un positivista —al menos un positivista conceptual, por oposición a un positivista ideológico—.

Para Nino, el iusnaturalismo puede ser definido por dos tesis: a) existencia del derecho natural; b) no juridicidad del sistema normativo que no se ajuste al derecho natural. Pues bien, el positivismo conceptual niega la tesis b), pero no la a); mientras que el positivismo ideológico niega las dos. Por tanto, en opinión de Nino, lo característico del positivismo jurídico no es la negación de la tesis a). Ésta es característica del escepticismo ético. Bulygin, en la línea de Wright, prefiere, sin embargo, considerar también la negación de la tesis a) como característica del positivismo jurídico²⁶¹.

Asentado esto, se plantea la cuestión fundamental: ¿qué son los derechos humanos? En su opinión, sólo pueden ser interpretados como «exigencias que se formulan al orden jurídico positivo desde el punto de vista de un determinado sistema moral». Por lo tanto, los derechos humanos «no son algo dado, sino una exigencia o pretensión» —habrá que entender que subjetiva—. «Recién con su “positivación” —escribe— se convierten en algo tangible, en una especie de realidad, aun cuando esa “realidad” sea jurídica. Entonces, estos derechos dejan de ser morales y pasan a ser «jurídicos»²⁶².

Hay que concluir, por tanto, que para Bulygin, los derechos humanos carecen de una índole jurídica propia, sino que dependen de su positivación. Se alinea así, claramente, con el positivismo jurídico. Este subjetivismo ontológico que atribuye a los derechos humanos acaba penetrando en su propio discurso, cuando termina afirmando que los derechos humanos son una «valiosa conquista del hombre que hay que cuidar con especial esmero».

En honor a la verdad, esta opinión, que le honra, en las coordenadas de su teoría carece de valor alguno, al no poder ser verdadera. Lo convencional-

²⁵⁹ Cfr. C. S. NINO, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, 1984.

²⁶⁰ E. BULYGIN, «Sobre el status ontológico de los derechos humanos», cit., p. 622.

²⁶¹ *Ibid.*, pp. 623-624.

²⁶² *Ibid.*, p. 624. A continuación sale al paso de eventuales críticas que puedan calificar esta postura como políticamente peligrosa, pero él considera que lo peligroso es «crear la ilusión de seguridad, cuando la realidad es muy otra» (*ibidem*).

mente valioso es sólo valioso para los que así lo convienen y mientras así lo convengan ²⁶³.

6.5. Derecho y moral

Otro lugar donde Bulygin pone de manifiesto su positivismo es en su polémica con Alexy, donde trata de refutar la opinión de éste sobre la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral. No pretendemos efectuar aquí una relación exhaustiva de todos los argumentos implicados en este debate, sino sólo de los más pertinentes a nuestro estudio. Para articular esta conexión, el profesor alemán afirma que tanto las normas jurídicas como las decisiones judiciales aisladas, así como también los sistemas jurídicos en conjunto, formulan necesariamente una pretensión de corrección ²⁶⁴. Esto significa que los sistemas jurídicos que no formulan tal pretensión no son sistemas jurídicos. Ahora bien, si la formulan, pero no la satisfacen no pierden por ello su carácter de sistemas jurídicos, aunque se puede decir de ellos que son jurídicamente deficientes. Esto último se predica también de las normas jurídicas y de las decisiones judiciales aisladas. Aunque éstas no satisfagan o incluso no formulen en absoluto tal pretensión, no dejan por ello de ser normas y decisiones jurídicas (si bien deficientes). Para apoyar estas ideas, Alexy se sirve de algunos ejemplos. Por un lado, imagina una asamblea constituyente que formula como primer artículo de la nueva constitución el siguiente: (1) «X es una república soberana, federal e injusta». Salta a la vista que este artículo es defectuoso. En opinión de Alexy, tal defecto tiene índole conceptual, puesto que el contenido del acto constituyente niega la pretensión de corrección que se formula con la ejecución de aquel acto. Sin embargo, por lo mismo, el enunciado (2) «X es un estado justo» sería redundante. Un caso distinto sería el que viene expresado en el siguiente enunciado: (3) «El acusado es condenado, lo que es falso, a prisión perpetua», o en la forma ampliada: (4) «El acusado es condenado, en virtud de una falsa interpretación del derecho vigente, a prisión perpetua».

²⁶³ Una crítica algo más detallada de la opinión de Bulygin puede hallarse en P. SERNA, «En defensa de C. S. Nino. Algunas reflexiones sobre el iusnaturalismo», *Persona y Derecho* 23 (1990), pp. 307-330.

²⁶⁴ Cfr. Robert ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Friburgo-Munich, 1992. Hemos consultado la versión española *El concepto y la validez del derecho*, trad. de J. Malem Seña, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 33 ss.

Bulygin no comparte estas ideas. Por lo que se refiere a los enunciados (1) y (2), si esos enunciados son artículos de una constitución, estima, entonces no son descripciones, sino prescripciones (normas), y como tales no tienen sentido: «[...] no tiene sentido ordenar que una Constitución o un Estado sean justos o injustos, como tampoco tiene sentido ordenar que un país sea rico o que los árboles sean verdes» ²⁶⁵. Ahora bien, si en lugar de normas, tales enunciados se entiende que constituyen declaraciones políticas, entonces ni (1) ni (2) tendrían deficiencia conceptual alguna. Mientras que (1) sería políticamente desafortunado (2) podría llegar a resultar hasta útil. Y, por lo que se refiere a los enunciados (3) y (4), si se los entiende como normas —y así hay que interpretarlos, opina Bulygin, si forman parte de una sentencia—, entonces carece de sentido, porque no tiene sentido prescribir que una sentencia sea falsa. Lo que el juez dice versa sobre el acusado, no sobre su sentencia. Si dice algo sobre su sentencia, más que como juez dictando sentencia, está emitiendo una opinión privada sobre la propia sentencia ²⁶⁶.

Cuatro años más tarde, Alexy responde a esta «aguda e intensa» crítica en un libro homenaje dedicado a los profesores argentinos. A su juicio, la pretensión de corrección tiene la virtud de distinguir entre derecho y fuerza bruta. A través de ella, el derecho obtiene una «dimensión ideal necesaria que lo saca del ámbito de la pura contingencia». Ha sido reconocido por positivistas y antipositivistas que el derecho tiene una estructura abierta (*open texture*). En este ámbito no se puede decidir sobre la base del derecho positivo o por razones de conveniencia, por lo que muchas veces es necesario acudir a argumentos morales o de justicia. Se da así, desde un punto de vista metodológico, una conexión necesaria entre derecho y moral, lo que conduce a un concepto de derecho antipositivista ²⁶⁷.

²⁶⁵ E. BULYGIN, «Alexy und das Richtigkeitsargument», en AARNIO, A. et al. (eds.): *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993, pp. 19-24. Existe una interesante recopilación de éste y los otros trabajos que conforman la polémica, traducidos al castellano, en R. ALEXY y E. BULYGIN, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, trad. de P. Gaido, Universidad Externado de Colombia, 2001. La cita se corresponde a las pp. 47-48 de esta recopilación.

²⁶⁶ *Ibid.*, pp. 48-51.

²⁶⁷ Cfr. R. ALEXY, «Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments», en E. GARZÓN VALDÉS et al. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift für Carlos Alchourrón und Eugenio Bulygin*, cit., pp. 235-250. Hemos consultado la contribución recogida en R. ALEXY, «La crítica de Bulygin al argumento de la corrección», en R. ALEXY y E. BULYGIN, *La pretensión de corrección del derecho*, cit., pp. 53-62 por lo que afecta a las referidas consideraciones.

Decíamos que Bulygin reprochaba a Alexy que el enunciado (1) representaba solamente un error político, no conceptual. Alexy lo califica como un error conceptual. Sin embargo, no está de acuerdo en que esto explique suficientemente el carácter defectuoso de (1). Y lo compara con otro ejemplo. Ahora, un Estado monárquico es sustituido por un Estado republicano, poniendo en peligro la estabilidad social al contar el monarca con una amplia adhesión. Por lo tanto, parece que el constituyente estaría cometiendo el mismo error que con la cláusula de la injusticia. Pero esto no es así. La cláusula de la injusticia tiene algo de absurdo; la de la república, no. No se trata de un error técnico ni de una deficiencia moral ni de un fallo convencional, sino que debe ser presupuesta por el constituyente. Esto permite concluir que el enunciado (2) es redundante. Un tipo de conclusión «qué-más-sino» nos aboca hacia el error conceptual: «Un constituyente —escribe Alexy— comete una contradicción performativa cuando el contenido del acto constituyente niega esta pretensión, a pesar de que con su ejecución la formula»²⁶⁸.

Alexy no concuerda con Bulygin en que, entendidos (1) y (2) como prescripciones (normas) sean absurdos. Es verdad, reconoce, que un estado no se convierte en justo o injusto por el solo hecho de que lo apruebe un artículo constitucional, «como tampoco puede un roble ser llamado por el acto del constituyente a reverdecer en invierno». Pero Alexy considera que el significado de los dos artículos no se agota ahí. Y pone un nuevo ejemplo: «La república federal alemana es un Estado federal, democrático y social». Pues bien, principios constitucionales como éstos no se refieren a ciertos estados de cosas que no pueden ser prescritos ni ordenados, sino que se pueden dirigir a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Lo mismo pasa con el principio de la justicia. Por tanto, como prescripción, no sería inútil como dice Bulygin²⁶⁹.

Por lo que respecta a (3) y (4), también aquí estamos en presencia de una contradicción performativa. Bulygin, como hemos visto, opinaba que las sentencias son prescripciones y que, por lo tanto, no tiene ningún sentido prescribir u ordenar que una sentencia o una interpretación del derecho vigente sean falsas. Para Alexy, en cambio, hay que distinguir entre «sentencia en sentido estricto», que es la decisión que, como tal, encuentra expresión en la formulación de la sentencia, y la «sentencia en sentido amplio», a la que pertenecen elementos como el nombre de las partes y del tribunal, la fecha o los fundamentos de la decisión. A su juicio, no hay nada de contradictorio en considerar a aquella ca-

²⁶⁸ R. ALEXY, «La crítica de Bulygin al argumento de la corrección», p. 73.

²⁶⁹ *Ibid.*, pp. 75-77.

lificación de la sentencia como parte de la sentencia en sentido amplio. Entonces, «siendo comprensible como parte de una sentencia en sentido amplio y, a este respecto, plena de sentido, aún puede ser absurda». Los ejemplos (3) y (4) ponen de manifiesto ese carácter absurdo, como señal de una contradicción performativa²⁷⁰.

Un año después, en la Universidad de Ferrara tuvo lugar una mesa redonda sobre constitucionalismo y separación entre derecho y moral donde entre otros destacados participantes se encontraban justamente Alexy y Bulygin. En ella, Bulygin vuelve a criticar las tesis de Alexy. Analizando de nuevo la pretensión de corrección, el profesor argentino duda mucho de que todas las autoridades jurídicas pretendan que sus normas sean moralmente correctas o justas y cita los casos de Calígula o Nerón, afirmando ser difícil de negar que en Roma hubo un sistema jurídico bajo esos emperadores. Pero aun concediendo que existe esa conexión conceptual necesaria, se pregunta, «¿qué garantía tenemos de que todos ellos entienden lo mismo por "corrección moral" o "justicia"? ¿Es la misma idea de justicia que movió a Ghengis Khan, Felipe II de España, Enrique VIII de Inglaterra, Khomeni o Pinochet para promulgar normas jurídicas?». Parece que podría responderse negativamente a esta pregunta. En cuanto a Alexy, recuerda Bulygin que su moral se basa en una ética procedimental del discurso. Pero él no demuestra que haya una conexión necesaria entre todos los sistemas jurídicos y esta moral específica. Para sostener esto, Alexy tendría que demostrar «no sólo que hay una moral objetiva, sino también que esta moral es compartida por todos los que hacen derecho»²⁷¹.

²⁷⁰ *Ibid.*, pp. 81-82. Frente a la acusación de Bulygin de que Alexy se limitaba a poner algunos ejemplos, sin fundamentar la necesidad de la pretensión de corrección, éste opone que la demostración consiste en la indicación de un absurdo evitable que no puede ser explicado de otra manera que a través de la validez necesaria de una regla: «La indicación de un absurdo no aclarado es más que la explicación o la ilustración a través de un ejemplo. Es aun cuando falible, un argumento. Esto es suficiente para una fundamentación. En materia de preguntas fundamentales más no puede haber» (p. 84).

²⁷¹ E. BULYGIN, «Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality», ms. presentado en la mesa redonda «Constitucionalismo y la separación entre derecho y moral», Universidad de Ferrara, 1998, publicado en *Ratio Juris*, 13/2 (2000), pp. 133-137. Ha sido recogido en el trabajo antes citado como «La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el derecho y la moral» en R. ALEXY y E. BULYGIN, *La pretensión de corrección del derecho*, cit., pp. 87-88, por lo que se refiere a estos argumentos. Anteriormente a esta mesa redonda, Bulygin había tratado de esta cuestión de la conexión conceptual entre derecho y moral, en esta ocasión frente a Ernesto Garzón, Robert Alexy y Carlos S. Nino, en E. BULYGIN, «Is there a Conceptual Connection between Law and Morality?», en A. AARNIO et al. (eds.), *Interests, Morality and the Law*, Tampere, Univ. de Tampere, 1996, pp. 144-159.

En la misma mesa redonda, en lo que se refiere a estos argumentos, Alexy insiste en la doble dimensión, real (fáctica) e ideal (crítica) del derecho, como única manera de distinguirlo de la pura facticidad del poder. Retomando los ejemplos de Calígula y Nerón, Alexy se plantea el caso imaginario de una sentencia de pena de muerte dictada por Nerón únicamente por diversión y para demostrar su poder. Admite que Bulygin tiene razón sosteniendo que no se formula ninguna pretensión de corrección, pero considera que esto no es suficiente para refutar la tesis de que el derecho necesariamente formula una pretensión de corrección. Para demostrar esto, efectúa dos distinciones. 1.º) Hay que distinguir entre una formulación subjetiva o personal y una formulación objetiva u oficial. De tal manera que si bien, en el ejemplo, Nerón no formula una pretensión de corrección de manera subjetiva o personal, actúa, sin embargo, como una autoridad jurídica, asociándose la pretensión de corrección con su papel en el sistema jurídico. 2.º) Hay que distinguir entre los actos jurídicos y las normas jurídicas aisladas y el sistema jurídico como un todo. Así, una decisión aislada no tiene por qué perder su carácter jurídico si quienes la toman no formulan la pretensión de corrección. Esto es así, porque la decisión aislada se inserta en el sistema jurídico, que formula como un todo tal pretensión. Este carácter jurídico que es resultado de esta conexión institucional lo denomina Alexy «parasitario». Efectivamente es difícil negar que hubiera un sistema jurídico en Roma en tiempos de Calígula y de Nerón. Pero he aquí que el sistema jurídico no pierde su carácter jurídico si algunas normas o decisiones aisladas no formulan la pretensión de corrección. Esto podría llegar a suceder, sin embargo, si hubiera una gran cantidad de normas y decisiones que no formularan tal pretensión, de tal manera que se pudiera decir que todo el sistema jurídico la abandona²⁷².

Por lo que se refiere a la afirmación de Bulygin de que la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral implica que todos los sistemas jurídicos están basados en la misma idea de justicia, estima Alexy que aquella conexión es compatible con la disputa moral. Lo único que precisa su argumento, observa, es que la aplicación del derecho «implica argumentos morales, por lo menos en los casos difíciles, y que la legislación pretende ser moralmente justificable incluso en caso de compromiso político». La idea de una moral

²⁷² Cfr. R. ALEXY, «Sobre la tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el derecho y la moral: la crítica de Bulygin», en R. ALEXY y E. BULYGIN, *La pretensión de corrección del derecho*, cit., pp. 103-105. Una manera en la que podría darse esa renuncia general a la pretensión de corrección sería, a juicio de Alexy, que todos o la mayoría de los jueces practicasen o confesasen en público «algo así como una negación de los tres famosos *iuris precepta* de Ulpiano», a saber: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (D. 1,1,10,1).

objetiva efectivamente compartida por todos los que hacen derecho no es necesaria: «La idea de una moral correcta, la práctica de la argumentación racional sobre lo que es moralmente correcto y la posibilidad de construir, sobre esta base, racionalidad práctica, es suficiente»²⁷³.

En definitiva, ante la pregunta de si existe o no un contenido necesario para el derecho, la respuesta de estos autores es negativa, si bien la referencia a la justicia es muy importante para ellos, aunque no puede dejar de ser subjetiva desde sus propias coordenadas de pensamiento.

²⁷³ R. ALEXY, «Sobre la tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el derecho y la moral: la crítica de Bulygin», cit., p. 109.