

MÁS ALLÁ DE LA ORTODOXIA: VALIDEZ NORMATIVA Y RELACIONES ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS *

por Josep Maria Vilajosana **

RESUMEN

Teniendo en cuenta la validez como pertenencia de normas a un sistema, se tratan distintos problemas que plantean las relaciones entre sistemas jurídicos. Después de mostrar que tales relaciones pueden darse entre sistemas, entre órdenes jurídicos, entre órdenes estatales y entre éstos y el orden internacional, el autor sostiene algunas tesis que se apartan de la Teoría del Derecho estándar. Por ejemplo, defiende un criterio material de identidad de un orden jurídico y un criterio sustantivo de pertenencia de normas que permite dar cuenta de la persistencia de normas a través de sucesivos órdenes jurídicos de un mismo orden estatal.

PALABRAS CLAVE

Validez normativa, relación entre sistemas jurídicos, criterios de pertenencia de normas, identidad de sistemas jurídicos, orden estatal y orden internacional.

ABSTRACT

Taking the validity into account as a belonging of rules to a system, the text treats different problems that bring up the relations between legal systems. After showing that they can be these relations between systems, between legal orders, between state orders and between these and the international order, the author holds some theses that diverge from the standard theory of the law. For example, he defends a material criterion of identity of a legal order and a substantive criterion of belonging of norms that it allows explaining the persistence of norms through successive legal orders of a same state order.

KEY WORDS

Validity, relations between legal systems, criterion of belonging of norms, identity of legal systems, state order and international order.

1. La visión estándar

Es sabido que por validez normativa pueden entenderse cosas tan diversas como pertenencia, fuerza obligatoria o vigencia. Aquí hablaré de validez de normas únicamente en el sentido de pertenencia. Entonces, una norma N es válida, en relación con un sistema jurídico S_j , si y sólo si pertenece a S_j .

De conformidad con el análisis estándar ofrecido por Alchourrón y Bulygin, un sistema jurídico está compuesto por normas cuya pertenencia es posible derivar de otras normas (normas derivadas) y por otras cuya pertenencia al sistema no puede derivarse de ninguna otra norma (normas no derivadas o independientes). Para identificar el conjunto de las normas que conforman un cierto sistema jurídico, pues, es menester especificar cuáles son los criterios de pertenencia de sus normas no derivadas y cuáles son los criterios de pertenencia de sus normas derivadas.

Pueden denominarse *criterios de pertenencia de normas a un sistema jurídico* a los criterios utilizados por los juristas para seleccionar las normas que conforman el sistema. Tales criterios fijan

* Fecha de recepción: 11 de enero de 2009. Fecha de aceptación/publicación: 28 de marzo de 2009.

** Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universitat Pompeu Fabra (España).

qué requisitos debe reunir una norma para considerar que pertenece a un sistema. La noción de pertenencia a un sistema resulta, en consecuencia, relativa a un criterio o conjunto de criterios de pertenencia. Estos criterios comprenderían dos clases de reglas: a) reglas de admisión, que estipulan las condiciones bajo las cuales una norma pertenece al sistema, señalando las fuentes de producción del Derecho (legislación, jurisprudencia, etc.) y b) reglas de rechazo, que establecerían cuándo una norma jurídica perteneciente al sistema de acuerdo con las reglas de admisión, deja de formar parte de él (por derogación, desuetudo, etc.). Estas reglas serían reglas conceptuales que, mediante su sucesiva aplicación, permitirían en un número finito de pasos establecer si una norma dada pertenece o no a un sistema (cfr. ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 119).

Según estos autores, las reglas de admisión de un sistema que asuma como criterio de pertenencia la creación legislativa podrían reconstruirse del siguiente modo:

a) El conjunto de normas C pertenece al sistema S_j .

b) Si una norma N_2 ha sido creada conforme a lo dispuesto por una norma de competencia N_1 , que pertenece a S_j , entonces pertenece a S_j , a menos que haya sido derogada por la autoridad competente.

c) Todas las normas que sean consecuencias lógicas de las normas que pertenecen a S_j también pertenecen a S_j (cfr. ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1979: 68 y BULYGIN, 1987: 512).

La regla a) establecería por enumeración la pertenencia de las normas no derivadas o supremas (también denominadas «primitivas», «soberanas» o «independientes») al sistema. Este es un *criterio de extensionalidad* puesto que tales normas no son definidas en términos de alguna propiedad o conjunto de propiedades sino por mera enumeración, esto es, señalando directamente qué normas son las normas supremas del sistema. La regla b) fijaría el modo a través del cual pueden incorporarse normas al sistema o eliminarse normas de él en virtud de la legalidad del acto de su promulgación o derogación (*criterio de legalidad*). De acuerdo con esta regla los sistemas jurídicos serían temporales, esto es, relativos a cierto tiempo. La regla c) determinaría la clausura del sistema bajo la noción de consecuencia deductiva (*criterio de deducibilidad*). En función de estos tres criterios sería posible definir un sistema jurídico: todo sistema jurídico estaría conformado por un conjunto finito de normas soberanas (la «primera constitución» en sentido kelseniano) y todas aquellas otras normas que o bien se derivan lógicamente (regla c) o bien dinámicamente de las normas del sistema (regla b). En consecuencia, toda constitución, entendida como un conjunto de normas que contiene al menos algunas normas que otorgan competencia, podría dar lugar a un sistema normativo.

Ahora bien, la expresión «sistema jurídico» puede tener varios significados. En función de cuál sea el significado escogido variará obviamente el sentido de la expresión «norma perteneciente a un sistema jurídico» y el alcance que quepa dar a las posibles relaciones entre «sistemas jurídicos». Por esta razón resulta indispensable realizar una serie de distinciones, que ayuden a situar en cada caso cuáles sean los criterios plausibles de pertenencia y los elementos (sistemas) que están relacionados, para después determinar qué relación o relaciones pueden darse entre ellos.

La formulación de una norma por una autoridad competente genera un problema respecto a la identidad del sistema jurídico. Puesto que ésta se define extensionalmente, la introducción o eliminación de una norma produce la sustitución de un sistema por otro. No obstante, a pesar de estos cambios, los juristas suelen decir que el sistema jurídico sigue siendo el mismo. Esto sugiere la pertinencia de realizar la distinción entre sistema jurídico y orden jurídico. Se utiliza la expresión «sistema jurídico» para referirse a conjuntos de normas asociados a un tiempo t determinado, mientras que se reserva la expresión «orden jurídico» para hacer referencia a una secuencia de sistemas jurídicos. Una norma jurídica pertenece a un sistema jurídico y un sistema jurídico pertenece a un orden jurídico (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991: 397).

En este caso (cfr. CARACCIOLO, 1988: 68), un sistema normativo S_t pertenece al orden jurídico O si, y sólo si:

a) las normas inéditas de S_t con respecto al contenido del sistema anterior S_{t-1} , que pertenece a O , han sido emitidas mediante actos autorizados por normas que pertenecen a S_{t-1} ;

b) las normas de S_{t-1} que no pertenecen a S_t han sido derogadas por actos autorizados por normas de S_{t-1} .

La aplicación de ambos requisitos asegura la legalidad del cambio temporal de los sistemas pertenecientes al mismo orden jurídico. Ello significa que todos los sistemas de un orden jurídico se derivan en definitiva a partir de un sistema originario de normas independientes en virtud del criterio de legalidad, siendo necesario que en ese sistema originario exista al menos una regla que atribuya potestades jurídicas a otras autoridades.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, Bulygin ha reconstruido el criterio para la identificación de un orden jurídico determinado O_i a través de las cinco reglas siguientes (BULYGIN, 1991a: 263-264):

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

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

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

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

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

Las reglas (2) a (5) determinarían la estructura de O_i , siendo (2), (3) y (4) las que condicionarían el carácter dinámico del orden. La regla (5) sería responsable del carácter sistemático de los sucesivos conjuntos de normas, mientras que la regla (1) permitiría identificar el orden considerado, dado que otros órdenes no diferirían en su estructura, sino en tener una primera constitución distinta. Para Bulygin, la regla (1) no especifica ninguna condición especial que deba reunir la primera constitución, pero a fin de posibilitar los cambios, ella debería contener por lo menos una norma de competencia. Este criterio de identificación, más que una definición de un orden jurídico específico O_i sería un esquema definicional, puesto que para ser una definición, la regla (1) tendría que especificar concretamente qué normas forman parte de la primera constitución. (cfr. BULYGIN, 1991a: 264-265).

2. Relaciones entre sistemas: algunos problemas para la visión estándar

Hasta aquí la reconstrucción que podemos denominar estándar dentro de la teoría del Derecho contemporánea de habla hispana y de corte analítico. Según esta visión, para cada momento determinado existiría un conjunto de normas que conformaría un sistema jurídico. Además, distintos sistemas jurídicos asociados a distintos momentos pertenecerían al mismo orden jurídico. Pero, en realidad, en este segundo nivel, se mezclan comúnmente dos cuestiones, con cuya separación puede ganarse en claridad.

Por ejemplo, a veces se dice que una revolución significa una ruptura del orden jurídico. Pero, en ocasiones, se sostiene que, a pesar de los cambios revolucionarios acaecidos en un determinado país, ello no es óbice para considerar que estamos ante el mismo orden jurídico.

¿Cómo pueden compaginarse tales afirmaciones, si es que todas ellas tienen sentido?

Parece de interés proceder a una ulterior distinción entre orden jurídico y orden estatal. Así, se podría afirmar que del mismo modo que un orden jurídico es una sucesión de sistemas jurídicos, un orden estatal es una sucesión de órdenes jurídicos.

Una vez establecido que dentro de un orden estatal pueden darse distintos órdenes jurídicos y, entre éstos, diversos sistemas jurídicos, parece sensato tener en cuenta que pueden existir distintos órdenes estatales. Así mismo, los juristas postulan que además de los diferentes ordenamientos estatales, existe un orden jurídico internacional, pero éste ya no se concibe como una sucesión de órdenes estatales.

De acuerdo con las anteriores distinciones, cabe plantearse dentro del genérico tema «relaciones entre sistemas jurídicos» las siguientes cuestiones:

1. Relaciones entre sistemas jurídicos pertenecientes al mismo orden jurídico.
2. Relaciones entre órdenes jurídicos pertenecientes al mismo orden estatal.
3. Relaciones entre distintos órdenes estatales.
4. Relaciones entre los órdenes estatales y el orden internacional

Estas son, pues, las cuestiones que a partir de ahora voy a examinar. Hay que precisar, sin embargo, que en cada caso destacaré sólo algunos de los problemas que pueden interesar a los juristas. El hilo conductor de todos ellos se encuentra en el análisis de la posibilidad de establecer criterios de pertenencia normativos. Las tesis que sostendré, y que se apartan en algún punto de la visión estándar, son las siguientes:

Al examinar las relaciones entre sistemas jurídicos pertenecientes al mismo orden jurídico, destacaré las principales deficiencias de los criterios de identidad de los órdenes jurídicos normalmente empleados (como son el de legalidad o el de la regla de reconocimiento) y defenderé la pertinencia de un *criterio material de identidad* que tiene rasgos políticos. Dentro del ámbito de las relaciones entre órdenes jurídicos pertenecientes al mismo orden estatal abogaré en favor de un *criterio sustantivo de pertenencia* de las normas, que complementa a los comúnmente aceptados criterios de deducibilidad y de legalidad. La introducción de este nuevo criterio permite, a diferencia de los restantes, dar cuenta de manera satisfactoria de un rasgo común en los ordenamientos jurídicos: la persistencia de normas a través de distintos

órdenes jurídicos del mismo orden estatal. En cuanto a las relaciones entre distintos órdenes estatales, pondré de manifiesto que en estos casos es mejor hablar de *aplicabilidad* de las normas pertenecientes a órdenes estatales distintos en vez de pertenencia. Por último, abordaré el tema de las relaciones entre los órdenes estatales y el orden internacional destacando que, a diferencia de lo que creía Kelsen, no existen razones conceptuales que inclinen la balanza en favor de las posiciones monistas en contra de las dualistas. Coincidiré, en cambio, con este autor en cuanto a que si uno opta por una visión monista, entonces decidir entre la tesis de la primacía del orden internacional o la tesis de la primacía del orden estatal sólo puede hacerse por *razones políticas*.

3. Relaciones entre sistemas jurídicos pertenecientes al mismo orden jurídico

El *criterio de deducibilidad* es el único criterio de pertenencia, para cuya aplicación es suficiente tener en cuenta un solo sistema jurídico. Se dice, entonces, que un sistema jurídico está formado no sólo por las normas explícitamente formuladas sino también por las que se deducen de ellas. Es lo que suele denominarse sistema jurídico estático. Por tanto, el criterio de deducibilidad es un criterio de pertenencia de normas al mismo sistema jurídico (cfr. ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1987: 92 y CARACCIOLO, 1988: 57). En relación con un sistema estático, pues, no tiene sentido plantearse cuestiones acerca de la relación entre sistemas jurídicos.

Los sistemas jurídicos, al ser conjuntos de normas, cambian por agregación o por sustracción de normas. Si se dejan al margen las normas consuetudinarias y aquellas que establecen un ámbito de vigencia temporal predefinido, la introducción de nuevas normas suele producirse, como ya dije, mediante la promulgación, mientras que la eliminación de normas normalmente tiene lugar a través de la derogación.

La distinción entre sistema y orden jurídico permite compaginar el cambio de los sistemas jurídicos con la identidad del orden jurídico. El problema básico, sin embargo, es explicar cómo algunas normas que pertenecían a otros sistemas jurídicos anteriores pertenecen también al sistema subsiguiente.

3.1. El criterio de legalidad

Aquí entra en juego el *criterio de legalidad*, puesto que, como sabemos, su aplicación requiere ya al menos dos sistemas jurídicos asociados a dos momentos temporales distintos. Así, a través del criterio de legalidad puede explicarse el carácter dinámico del Derecho al relacionar dos sistemas jurídicos pertenecientes a la misma serie. Ahora bien, esto es así, pero sólo por lo que respecta a la serie formada

por todos los sistemas jurídicos pertenecientes al mismo orden jurídico O_1 . Así, pues, N_2 pertenece a S_2 , que es el sistema jurídico sucesivo a S_1 dentro de la misma serie (O_1). Por tanto, el criterio de legalidad es un criterio de pertenencia de normas a distintos sistemas del mismo orden jurídico, o, si se prefiere, un criterio de pertenencia de distintos sistemas al mismo orden jurídico. Pero, al mismo tiempo, suele tomarse como criterio de identidad de un orden jurídico.

La Teoría del Derecho de Kelsen podría ofrecer un buen ejemplo de este modelo. Según Kelsen, un orden jurídico es el conjunto de todas las normas creadas mediante el ejercicio de facultades conferidas directa o indirectamente por una norma básica, que es la que le confiere unidad. En sus propias palabras: «Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden» (KELSEN, 1960: 202).

Puede decirse, por tanto, que para este autor la creación de todas las normas que componen cada uno de los sistemas que integran un orden jurídico está autorizada directa o indirectamente por una norma jurídica. De lo cual se sigue que dos normas, ninguna de las cuales autorice la creación de la otra, no pertenecen a un sistema del mismo orden si no existe una norma que autorice directa o indirectamente la creación de ambas (cfr. RAZ, 1974).

En definitiva, para Kelsen hay al menos una norma común en dos sistemas que pertenecen al mismo orden jurídico, una norma que forma parte de todos los sistemas jurídicos de un orden jurídico determinado. Esa norma es la norma básica. La reconducción de todas las normas a esa misma norma básica es la que le confiere *unidad* al orden jurídico. Por otro lado, los cambios de sistema jurídico no afectan a la *identidad* del orden jurídico siempre que se respete el criterio de legalidad.

Sin embargo, este criterio que parece razonable como criterio de pertenencia de normas a un sistema del mismo orden, en cambio no resulta plausible como criterio de identidad de este último. Veamos por qué.

El criterio de legalidad concede más relevancia al *procedimiento* de creación de normas que al *contenido* de las mismas. El hecho de que dos sistemas jurídicos contengan muchas normas idénticas en contenido no es prueba de que pertenezcan al mismo orden jurídico. De igual modo, el cambio en el contenido de las normas jurídicas no supone necesariamente un cambio en el orden jurídico. La mayor o menor relevancia de la materia regulada por la norma que cambia no es tenida en cuenta por este criterio. Se mantiene el mismo orden jurídico mientras los cambios normativos se lleven a cabo a través del procedimiento establecido.

Esta posición conduce a resultados contraintuitivos. Por un lado, podría modificarse por completo el contenido de las normas jurídicas de un sistema perteneciente a un orden jurídico. Si esa modificación se ha llevado a cabo siguiendo el procedimiento establecido no podría hablarse de cambio de orden jurídico. Por otro lado, un cambio ilegal (es decir, llevado a cabo sin respetar el procedimiento establecido) en cualquier materia sin «importancia» bastaría para dar lugar a un cambio de orden jurídico.

Si no se quiere llegar a tales resultados, hay que proponer un criterio que tenga en cuenta la relevancia del contenido que se modifica. Tal vez de este modo se describa mejor lo que los juristas habitualmente entienden por cambio de orden jurídico: la variación (aunque sea legal) de un sector fundamental del mismo; no la modificación (incluso ilegal) de la constitución, si afecta tan sólo a materias sin importancia. Por descontado, entonces la cuestión pasa a ser cuál es el criterio que permite discernir entre la mayor o menor importancia del cambio.

Piénsese, en la misma línea, en los casos en que un mismo país pasa «constitucionalmente» de un régimen democrático a uno de tipo autoritario (es el caso del paso de la república de Weimar al régimen nazi), o al revés (como se da en la transición entre el régimen franquista y la monarquía parlamentaria actual). Esto muestra que los juristas suelen vincular el cambio de orden jurídico con el de régimen político, lo cual justifica abogar en favor de un criterio material de identidad de índole político, tal como defenderé más adelante.

3.2. El criterio de la regla de reconocimiento

Se ha visto el énfasis que Kelsen otorga al hecho de la creación de las normas como fundamento de su criterio de identidad de los órdenes jurídicos. Este, sin embargo, es sólo uno de los posibles enfoques de la cuestión. Otro enfoque es el que subraya la importancia de las acciones de los órganos jurídico-aplicadores. Se trata ahora no ya de privilegiar el origen común de las normas jurídicas, sino el reconocimiento o la aceptación de las mismas por parte de las personas que ocupan un determinado *status* dentro de la sociedad. Este enfoque alcanza su formulación más acabada en Hart.

Para Hart, la aceptación de la *misma* regla de reconocimiento por parte de los funcionarios del orden es lo que le dota de *identidad*. Para este autor, la regla de reconocimiento ocupa un lugar central tanto como criterio de identidad de un orden jurídico, como criterio de validez normativa. Un orden jurídico consistiría en una regla de reconocimiento más todas las normas identificadas por esa regla: «decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema» (HART, 1961: 129). Es, pues, de la máxima importancia saber en qué consiste este tipo de regla.

Por lo que ahora interesa, la regla de reconocimiento de Hart es concebida como una regla necesaria. Necesaria en el sentido de que todo sistema jurídico tiene una y sólo una regla de reconocimiento y también porque el conjunto de normas que no contengan una regla de este tipo no constituye un sistema jurídico. Esta es la función de *unidad* reservada a dicha regla. Su presencia hace que las normas no sean un conjunto inconexo, sino que estén unificadas.

Además, la regla de reconocimiento debe contener un criterio de validez que sea *supremo*. Esto significa que, a pesar de que una regla de reconocimiento pueda contener diversos criterios, si pretende cumplir con su función de identificación de las normas pertenecientes a un mismo sistema, aquellos criterios deben estar jerarquizados, de tal forma que uno de ellos prevalezca en caso de conflicto.

Aparece aquí una diferencia respecto a la norma básica kelseniana que es importante subrayar. No puede plantearse una cuestión relativa a la validez de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios. En Kelsen hay que dar por admitida la validez de la norma básica, la cual hace las veces de regla última. A la concepción kelseniana de una última regla hipotética o supuesta que existe en la conciencia jurídica, Hart opondrá una regla que existe como cuestión de hecho, es decir, existe en la medida en que es aceptada como la regla de reconocimiento de un orden jurídico. En términos de *unidad*, podría decirse que Kelsen postula una unidad *epistemológica*, mientras que Hart entiende la unidad en términos *empíricos* (véase al respecto, VILAJOSANA, 2003).

Esta circunstancia significa que Hart concibe la regla de reconocimiento como una regla social (HART 1961: 69-75; cfr. VILAJOSANA, 2007: cap. I), cuya existencia se debe a una práctica social de identificación de normas. Para que exista una regla social en un grupo de personas se requiere una serie de conductas convergentes, una crítica que se considere legítima a las conductas desviadas y que, por lo menos, algunos vean en la conducta de que se trate una pauta o criterio general de comportamiento a seguir por los destinatarios de la norma. La existencia de una y la misma regla de reconocimiento es la que dota de identidad al orden jurídico. Por tanto, la *identidad* de un orden jurídico se mantiene mientras existe la misma regla de reconocimiento.

Como ya he dicho, frente al criterio kelseniano basado en el *origen*, Hart sustenta el suyo en la *aceptación*. Lo que importa ahora no es tanto la presupuesta validez de una norma hipotética que confiera validez al resto, sino el hecho de la aceptación de una regla social que es tal, precisamente, porque se produce esta aceptación. Esta circunstancia podría eludir algunas críticas que se han hecho a Kelsen.

No obstante, el concepto de regla de reconocimiento ha recibido también objeciones. A continuación destacaré solamente las que apuntan a la dificultad que existe para establecer la variación de la regla de reconocimiento, por ser éste el tema relacionado más directamente con la problemática de la identidad de los órdenes jurídicos.

Para empezar, ¿qué cambios de las normas que satisfacen el criterio de la regla de reconocimiento son compatibles con la existencia continuada de la misma regla? O, expresado en términos de cambio de orden jurídico, ¿qué cambios obligan a admitir que una nueva regla de reconocimiento (y, con ella, un nuevo orden jurídico) ha reemplazado a la anterior? Siempre existirán dudas acerca de cómo distinguir las conductas que suponen violación de la regla de aquellas otras que representan los primeros pasos de una nueva regla (Cfr. HARRIS, 1971). En tal sentido, Raz niega que la regla de reconocimiento sea el elemento unificador de un orden jurídico apoyándose en el hecho de que no siempre los jueces se ajustan a lo preceptuado en ella a la hora de identificar las normas jurídicas válidas (RAZ, 1971: 96).

Estas críticas, sin embargo, no me parecen convincentes, ya que las desviaciones de la regla de reconocimiento o bien son aisladas e individuales, en cuyo caso se trata de conductas susceptibles de crítica y generalmente revocables (no introducen nuevas normas jurídicas en el sistema), o bien son desviaciones que consiguen la adhesión de los tribunales en su conjunto, en cuyo caso se habrá modificado la regla de reconocimiento en el sentido de acoger como correcta la nueva práctica de identificación normativa.

En cambio, hay que subrayar que la doctrina de la regla de reconocimiento es acreedora en este punto de otra crítica. Si no se desea considerar que cada cambio normativo da lugar a un cambio de orden jurídico, se requiere un *criterio de relevancia* que sirva para distinguir los cambios fundamentales de aquellos que no lo son. A renglón seguido mostraré una vía posible para hallar este criterio de relevancia.

3. 3. *El criterio material de identidad*

Si se aceptan las objeciones formuladas al criterio de legalidad y al de la regla de reconocimiento, hay que intentar hallar un criterio que no esté sujeto a las mismas. En otro lugar he tratado de explorar más detalladamente esta posibilidad, formulando un criterio de identidad que podemos llamar «material» o «político». A continuación daré sólo algunas indicaciones del camino a seguir (para más detalles, vid. VILAJOSANA, 1996).

Nadie parece negar que el Derecho y la política están estrechamente conectados, pero, en ocasiones, no se está dispuesto a

sacar las oportunas consecuencias de esta admitida relación. Una forma de entender esta conexión sería la siguiente. Los cambios de orden jurídico dependerían del contexto político. A su vez, los cambios de contexto político no dependen del procedimiento sino del contenido: que un cambio normativo sea legal o ilegal no es determinante para este tema a menos que afecte a la identidad del régimen político. Visto desde la teoría política, a cada régimen político le corresponde una secuencia de conjuntos de normas (orden jurídico). Si esto es así, entonces se puede definir lo que hasta ahora hemos llamado identidad de los órdenes jurídicos en términos de identidad de los regímenes políticos. De este modo se podrá aplicar los instrumentos analíticos que la teoría política ha generado para el estudio de los regímenes políticos (vid, por ejemplo, MORLINO, 1985).

Así, cabe decir que un orden jurídico se mantiene si y sólo si se mantiene el régimen político. O, dicho de otro modo, un cambio de sistema jurídico equivale a un cambio de orden jurídico cuando supone un cambio de régimen político.

Ahora bien, ¿cuándo hay que entender que ha habido un cambio de régimen político? Como sostiene Morton A. Kaplan, la duración de un sistema político varía según nuestra definición del mismo. Podemos usar definiciones tan amplias que casi todos los cambios, incluyendo el reemplazo de una civilización por otra, satisfagan sus requisitos (y no implique un cambio de sistema). Por tanto, la propuesta de este autor es la de entender que se da el cambio de sistema cuando las modificaciones de los elementos del sistema es tal que se necesite una teoría diferente para explicar su comportamiento (KAPLAN, 1967: 162).

Esta idea podría aplicarse al cambio de régimen político y sostener que sólo hay cambio de régimen cuando el régimen que surge como consecuencia de las variaciones requiere una clasificación diferente dentro de una tipología preestablecida. Incorporaríamos así un criterio de relevancia. Lo que debe variar para que se produzca un cambio de régimen político no son los elementos que lo definen (normas, estructuras de autoridad y principios) sino *una propiedad de esos elementos*, como es, por ejemplo, el hecho de pasar de principios autoritarios a principios democráticos.

Si se acepta lo anterior, resulta indispensable recurrir a una tipología de regímenes. De ella surgirán los criterios para identificar los principios, normas y estructuras de autoridad que colocan al régimen en una clase o en otra. Tales tipologías proporcionarán un criterio para atribuir importancia a las variaciones que tienen lugar en los elementos que componen un régimen político determinado, de tal suerte que quepa considerar que tales variaciones han dado lugar a un cambio *de* régimen y no sólo un cambio *en* el régimen.

El criterio material resultante, de claras connotaciones políticas, podría formularse del siguiente modo:

CM: Un determinado orden jurídico O_i se mantiene mientras se mantiene el mismo régimen político. A su vez, un régimen político mantiene su identidad hasta que las modificaciones en sus elementos obliguen a inscribirlo en otro tipo dentro de una clasificación dada.

Este criterio tiene algunas ventajas sobre los anteriores. A diferencia del *criterio de legalidad*, el criterio material presta atención prioritaria a la importancia del contenido de las normas que se modifican. Las normas jurídicas relevantes serán aquellas que caracterizan a un régimen político como tal. Para establecer si ha habido o no un cambio en la identidad de un régimen político, de poco sirve cerciorarse de que las variaciones dentro de una determinada sociedad política independiente se han producido siguiendo el procedimiento establecido o apartándose del mismo. La ilegalidad puede servir tan sólo como indicio de una posible pérdida de identidad de un régimen político (y, por tanto, de un orden jurídico), pero no es ni condición necesaria ni suficiente. Lo decisivo es determinar si las modificaciones suponen un cambio de régimen. Para ello, hay que partir de una tipología precisa de regímenes, en la que se establezcan las propiedades características de cada régimen. A partir de ahí, hay que constatar si el cambio en cuestión ha supuesto una variación en alguna de estas características hasta el punto de que se ha pasado de una propiedad definitoria de un régimen a otra definitoria de otro régimen. No es una cuestión sencilla, pero a través de los indicadores empíricos que los propios autores de las clasificaciones proponen, se puede llegar a resultados satisfactorios. Como ejemplo, pueden tomarse las clasificaciones de Dahl y Linz (DAHL, 1971; LINZ, 1975).

Al igual que el *criterio de la regla de reconocimiento*, el criterio material se fundamenta en última instancia en la aceptación. No interesa tanto el origen de las normas, sino el comportamiento y las actitudes de los miembros de la comunidad política y de las autoridades. Ahora bien, debería hablarse no sólo de aceptación de normas, sino de los tres elementos que componen todo régimen: principios, normas y estructuras de autoridad. El cambio de régimen se produce cuando, en una determinada sociedad política independiente, se pasa del apoyo a (y eficacia de) determinados principios, normas y estructuras de autoridad al apoyo a (y eficacia de) otros principios, normas y estructuras de autoridad. Ahora bien, si no se quiere concluir que cualquier cambio en los mismos supone un cambio de régimen, hay que ofrecer un criterio de relevancia del cambio, proporcionado por una tipología de regímenes políticos. Como he dicho, carece de este criterio de relevancia la regla de reconocimiento, por lo que no tiene respuesta satisfactoria a la pregunta de cuándo los cambios normativos suponen un cambio de regla de reconocimiento.

4. Relaciones entre órdenes jurídicos pertenecientes al mismo orden estatal

Como hemos visto, y dejando ahora de lado las objeciones que he formulado en su contra, el criterio de legalidad permite dar cuenta de la dinámica de sistemas dentro de un orden jurídico determinado. Sin embargo, en los casos de cambio de orden jurídico, que es común identificar con la ruptura de la legalidad (o, en mi caso, con el cambio de régimen político), algunas normas del anterior orden suelen formar parte de los sistemas del nuevo orden jurídico. Se requiere, entonces, algún tipo de criterio que dé cuenta de esta relación entre órdenes jurídicos y que como queda dicho ya no puede ser el criterio de legalidad. El problema básico consiste en explicar cómo algunas normas que pertenecían a otros órdenes jurídicos anteriores pertenecen también al orden subsiguiente. Para ello, los juristas suelen postular una cláusula de persistencia, que ya aparecía en la visión estándar, como vimos (regla 4 del esquema de Bulygin):

CP1: Si una norma N_j pertenece a un sistema jurídico S_j , entonces pertenece a todos los sistemas jurídicos sucesivos del mismo orden jurídico O_j , hasta su eliminación.

Como los problemas que afectan al cambio de orden jurídico han recibido menor atención en la doctrina especializada, merece la pena detenerse algo más en ellos.

4.1. Persistencia de normas a través de órdenes jurídicos sucesivos

CP1 permite dar cuenta de la dinámica de las normas dentro de un orden jurídico determinado. Sin embargo, en los casos de cambio de orden jurídico (que es común identificar con la ruptura de la legalidad o, como considero preferible, con el cambio de régimen político), algunas normas del anterior orden suelen formar parte de los sistemas del nuevo orden jurídico y, por tanto, la cláusula de persistencia requiere alguna modificación. Una posible formulación sería la siguiente:

CP2: Si una norma N_j pertenece a un sistema S_j , que es miembro de un orden O_1 , entonces N_j pertenece a todos los sistemas sucesivos a S_j de todos los órdenes sucesivos a O_1 hasta su eliminación.

Una cláusula de este tipo ha recibido algunas críticas cuya justificación veremos más adelante. Amparándose en esas críticas, y en aras a salvaguardar la concepción sistemática del Derecho, algunos autores han tomado en consideración la distinción entre pertenencia y aplicabilidad (BULYGIN, 1991b). Si se consideran coextensivos los predicados «pertenece» y «aplicable», no queda otro remedio que intentar reconstruir un criterio de pertenencia de las normas receptadas y así dar cuenta de su admitida fuerza vinculante. En cambio, según estos

autores, si se distingue convenientemente ambos predicados, no habría razón para considerarlos coextensivos, con lo cual las normas receptadas, igual que ciertas normas inconstitucionales y ciertas normas extranjeras aplicadas por los tribunales, serían normas *aplicables* aunque no *pertenecientes* al sistema jurídico en cuestión.

Así, se acaba formulando lo que podríamos denominar una «cláusula de recepción de normas aplicables»:

CRNA: Las normas receptadas no son válidas, pero pueden ser aplicables. Son aplicables si y sólo si otras normas pertenecientes a los nuevos sistemas establecen la obligación o facultad de aplicar esas normas (MORESO y NAVARRO, 1998).

Visto el anterior planteamiento, voy a intentar fundamentar mi posición al respecto. En primer lugar, mostraré la necesidad de establecer la identidad de la sucesión de órdenes jurídicos para que pueda hablarse de persistencia de normas entre ellos. Se trata en este caso de una crítica tanto a CP2 como a CRNA. En segundo lugar, formularé diversas críticas específicas a CRNA. Mi estrategia consistirá en poner de relieve que es posible establecer la pertenencia al sistema revolucionario de las normas que persisten, mediante la propuesta de un criterio de pertenencia al que llamaré «criterio sustantivo de pertenencia». Todo lo cual me permitirá fundamentar la distinción entre persistencia y recepción, así como argumentar que ésta es una mejor construcción que las anteriores por cuanto permite dar cuenta de algunas fuertes y justificadas intuiciones de los juristas.

4.2. *Identidad de la sucesión*

Tanto CP2 como CRNA plantean algunos problemas a la hora de dar cuenta del carácter dinámico del Derecho.

Al hablar de «órdenes sucesivos» (CP2) o de «nuevos sistemas» (CRNA) se entiende que se alude a una sucesión de órdenes en el tiempo. Pero veamos qué sucede si sólo contamos con esta propiedad temporal. Imaginemos el caso español. Parece razonable afirmar que en el mismo territorio y a partir de un determinado momento, que podemos acordar por hipótesis que sea el de la promulgación de la Constitución de 1978, se ha constituido un nuevo orden jurídico. Sucede, además, que este nuevo orden «recibe» normas del anterior orden jurídico. La pregunta, entonces, puede concretarse de la siguiente forma: ¿Cuál es el criterio que permite afirmar que el orden jurídico inaugurado por la Constitución de 1978 constituye un orden *sucesivo* respecto al vigente durante el régimen franquista?

Sin hacer una ulterior distinción, sería igualmente posible decantarse como candidato a ser el anterior elemento de la sucesión por cualquier orden jurídico anterior a 1978, con independencia de cuál

haya sido el ámbito espacial de validez del mismo. La razón de esta conclusión, que pocos estarían dispuestos a reconocer como una conclusión afortunada, se debe a que en el enunciado de ambas cláusulas sólo se alude al elemento temporal de la sucesión, obviando algo necesario: establecer la identidad de la misma. Si desconocemos que se trata de la sucesión de órdenes jurídicos del *mismo* orden estatal (o de cualquier otro criterio de identidad que nos parezca relevante), entonces nada obsta para que se escoja como orden jurídico anterior a uno cualquiera perteneciente a un orden estatal distinto. Dicho de otro modo, lo que interesa es determinar la sucesión *relevante*, ya que existen distintas sucesiones posibles.

Esta es una de las razones por las que el orden en que se deben plantear las cuestiones de identidad de los sistemas jurídicos no es caprichoso (cfr. VILAJOSANA, 1995). Hay una prioridad conceptual de los niveles superiores respecto de los inferiores. Así, hallar o presuponer un criterio de identidad del orden estatal es condición necesaria para resolver los problemas de identidad del orden jurídico. Por esta razón, la cláusula de persistencia (y en su caso la de recepción) debería mencionar la identidad de la sucesión, por ejemplo de este modo:

CP3: Si una norma N_j pertenece a un sistema S_1 , que es miembro de un orden O_1 , *perteneciente a un orden estatal OE*, entonces N_1 pertenece a todos los sistemas sucesivos a S_1 de todos los órdenes sucesivos a O_1 *del orden estatal OE*, hasta su eliminación.

De todos modos, alguien podría pensar que se reproducen en el nivel de sucesión de órdenes estatales los mismos problemas que, respecto a la sucesión de órdenes jurídicos, CP3 venía a resolver. Pero hay que decir que resulta impropio hablar de «sucesión» de Estados. Como dice Kelsen, «que la totalidad del territorio de un Estado se convierta en territorio de otro es imposible, puesto que, siendo el territorio idéntico, la identidad del Estado subsiste. Así, pues, en tal caso no puede haber sucesión de Estados» (KELSEN, 1945: 273).

Al respecto, hay que advertir que el término «sucesión» es ambiguo, algo que pasa por alto el propio Kelsen. Por un lado, puede utilizarse como sinónimo de ordenación cronológica de elementos o conjuntos. Entonces diríamos, por ejemplo, que el conjunto C_2 es *sucesivo* al conjunto C_1 , ya que el primero lo asociamos a un momento temporal posterior al segundo, *dentro de una misma serie*. Este es el significado que atribuyo a la expresión en este trabajo. Por otro lado, «sucesivo» también puede significar «sucesor». Este es el uso que suele predominar en Derecho internacional, cuando se habla de «sucesión de Estados». Un Estado E_2 es *sucesor* del Estado E_1 si asume los derechos y las obligaciones contraídas por E_1 . Pero en este caso, E_1 y E_2 no tienen por qué formar parte de la misma sucesión (en la primera acepción del término).

Por poner un ejemplo del ámbito familiar, en la sucesión formada por una línea familiar, podría sostenerse que el hijo es el elemento *sucesivo* al padre, al ser un elemento posterior *de la misma familia*, pero no tiene por qué ser el *sucesor*. Incluso, la condición de sucesor puede recaer en un individuo que no pertenezca a la misma línea familiar. Si esto es así, en estos casos se puede ser sucesivo sin ser sucesor y sucesor sin ser sucesivo. En el nivel estatal, si bien estrictamente hablando, como dije, no hay sucesión de Estados, nada impide que un Estado determinado, sin ser sucesivo de otro, sea en cambio su sucesor (la República Federal Alemana no es sucesiva respecto a la República Democrática Alemana, en cambio es su sucesora). No realizar esta distinción puede resultar una fuente de confusiones.

Con el fin de ilustrar la idea que quiero subrayar, tómease el caso de desintegración de Checoslovaquia. Podría afirmarse que, en el mismo territorio de lo que antes era Checoslovaquia, a partir de un determinado momento se han constituido dos nuevos órdenes estatales (República Checa y Eslovaquia). Sucede, además, que estos nuevos Estados «receptan» normas del Estado checoslovaco. En este caso, ¿cuál sería el criterio que permitiría afirmar que el primer orden jurídico de la República Checa o el primer orden jurídico de Eslovaquia constituyen órdenes sucesivos respecto al último orden jurídico de Checoslovaquia? Se me ocurren tres soluciones:

a) Pensar que se da una persistencia de las normas anteriores y esa persistencia dota de identidad a la sucesión. Esta solución, sin embargo, no es viable. En efecto, nada impedía a la República Checa, al empezar su andadura independiente y para evitar el *horror vacui* normativo, adoptar, por ejemplo, el contenido de las normas del Derecho español y no las del Estado checoslovaco. Por supuesto, este simple hecho no nos autorizaría a sostener que la República Checa es sucesiva del Estado español.

b) Pensar que las normas del anterior orden jurídico no pertenecen a los nuevos sistemas jurídicos del nuevo orden jurídico del nuevo orden estatal, pero que son aplicables. Si CRNA no se reformula de otra manera, tampoco soluciona el problema, porque de nuevo, el orden jurídico del cual se recepta la norma y el orden jurídico receptor deben pertenecer a la misma sucesión, es decir al mismo orden estatal. Podría pensarse que alguna reformulación de aquella cláusula salvaría este inconveniente, por ejemplo algo que dijera: «...de los órdenes estatales sucesivos». Me temo, sin embargo, que este añadido no soluciona el problema, por cuanto, entonces deberíamos tener un criterio de identidad para decir que E_1 y E_2 son Estados sucesivos. No bastaría tampoco con la identidad del territorio por cuanto no es el mismo. En definitiva, para sostener que dos elementos son sucesivos hay que contar con un criterio de identidad de la sucesión.

c) Abandonar la idea de recepción en estos casos y distinguirla del concepto de persistencia. La persistencia de normas se daría dentro de un mismo orden estatal, mientras que la recepción quedaría reservada para los casos en que no se puede establecer la identidad de la sucesión. Esta es la estrategia que me parece más recomendable.

En este punto es interesante la posición de Kelsen. Este autor sostiene que carece de sentido afirmar que una gran parte del viejo orden jurídico permanece válida dentro del marco del nuevo orden. Únicamente los *contenidos* de tales normas son los que no cambian, pero sí que cambia la razón de su validez. Si podemos decir que «siguen siendo válidas» bajo la nueva constitución es sólo porque ésta les confiere validez, expresa o tácitamente. Para Kelsen, el fenómeno es un caso de recepción, y como tal, semejante al que se produjo con la llamada «recepción del Derecho Romano»:

El nuevo orden «recibe», es decir, adopta, normas del viejo orden; esto significa que el nuevo considera válidas normas que poseen el mismo contenido que las del precedente. La «recepción» es un procedimiento abreviado de creación jurídica. La razón de su validez [la de las normas receptadas] no debe buscarse en la constitución vieja, sino en la nueva, y *entre ambas no existe continuidad* (KELSEN, 1945: 138, cursiva añadida).

La tesis de Kelsen en este punto no hay que confundirla con CRNA, aunque en ambos casos se hable de recepción. Para Kelsen, a diferencia de CRNA, es impensable la distinción entre normas pertenecientes a un sistema jurídico y normas aplicables. Su postura es más consistente con el uso que los juristas suelen hacer de estas expresiones. En todo caso, si bien la propuesta de Kelsen se ajusta mejor a las intuiciones de los juristas presenta el problema de la ambigüedad de «orden». Efectivamente, al no realizar las distinciones que aquí he formulado, el término «orden» es empleado unas veces para designar una sucesión de sistemas jurídicos (orden jurídico) y otras como sinónimo de sucesión de órdenes jurídicos (orden estatal). Por esa razón, en cualquier caso, se vuelve al punto de partida. Si bien en los cambios de orden revolucionario contamos con un criterio de identidad de la sucesión de órdenes jurídicos, a través del concepto de orden estatal (por tanto *sí* existe «continuidad», por usar la terminología kelseniana), en los supuestos de «sucesión de Estados» carecemos de un criterio de identidad de la sucesión (aquí es cierto que «no existe continuidad»).

Si se admiten las anteriores consideraciones, se podría aceptar que la idea de Kelsen es útil para dar cuenta de la recepción de normas entre órdenes estatales distintos, pero no para la persistencia de normas dentro de un mismo orden estatal. Tendríamos, así, la posibilidad de distinguir entre los conceptos de persistencia y recepción. De este modo, cabe formular de nuevo la cuestión, circunscribiendo la

persistencia de normas a un mismo orden estatal. Esta es la solución que voy a justificar a continuación.

4.3. Criterio sustantivo de pertenencia

Para sostener la plausibilidad de CP3 hay que hacer frente aún a las críticas que la cláusula de persistencia recibe de parte de quienes postulan CRNA. Concentraré mi atención en dos de esas críticas. Ahora me ocuparé de la primera, dejando para el próximo apartado la consideración de la segunda.

La primera crítica consiste en sostener que no se puede aceptar la pertenencia al sistema originario del nuevo orden jurídico de las normas «receptadas» (como se pretende en CP3), puesto que no pueden ser ni normas independientes (ya que presupondrían la pertenencia de otras normas al sistema), ni normas dependientes (ya que no cumplirían con los criterios de deducibilidad o de legalidad).

Lo primero que hay que aclarar al respecto es el distinto carácter de las clasificaciones que aquí están en juego. Mientras la clasificación entre normas independientes y normas dependientes es exhaustiva y necesaria (dentro del contexto sistémico en el que se encuentran las teorías de los sistemas jurídicos), en cambio la división de las normas dependientes, entre las que cumplen con el criterio de deducibilidad y el de legalidad, no es ni necesaria ni exhaustiva. No hay razones lógicas que lleven a considerar estos dos criterios como necesarios, ni nada hay que impida aportar otros criterios que los complementen. Si los teóricos del Derecho suelen escoger ambos criterios es porque éstos dan cuenta de los usos lingüísticos de los juristas o reflejan cómo funciona un sistema jurídico en la práctica. Efectivamente, parece que los juristas toman en cuenta los criterios de deducibilidad y de legalidad para determinar la pertenencia de las normas dependientes a los sistemas jurídicos vigentes. Pero, sin duda, pueden añadirse otros para dar cuenta de otros tantos usos no menos extendidos entre la comunidad jurídica. En este sentido, propongo tomar en consideración un nuevo criterio, al que llamaré «criterio sustantivo de pertenencia» (en adelante, CS).

Una primera formulación de este criterio rezaría como sigue:

CS1: Una norma N perteneciente al último sistema jurídico del orden jurídico O_1 pertenece a un sistema jurídico del orden jurídico O_2 del mismo orden estatal OE si es compatible con las normas del primer sistema jurídico de O_2 .

Que CS sea un criterio de pertenencia de normas dependientes o independientes no es lo más relevante. La elección entre una u otra opción depende de si se considera que la relación que en él se establece es definitoria de la estructura del sistema o no, es decir, depende de si

la postulamos como relación sistemática o extra sistemática. En el primer caso, será un criterio de pertenencia de normas dependientes, y, en el segundo, de normas independientes. Del tenor literal de CS1 se infiere que aquí he escogido tratar a CS como un criterio de pertenencia de normas dependientes, pero esta elección no tiene mayores implicaciones respecto al objetivo que aquí persigo.

Es más importante, en cambio, destacar que CS no es reducible ni al criterio de legalidad (CL) ni al de deducibilidad (CD). Y ello por dos razones importantes:

1. La norma N, en este caso, no pertenece a un sistema jurídico de la nueva serie porque haya sido dictada por la autoridad competente (más bien, como veremos más adelante, ha sido dictada por una autoridad no competente según la nueva constitución), ni porque sea deducible de las normas independientes del primer sistema del nuevo orden, sino en virtud del criterio sustantivo de pertenencia. N pertenecía en su momento a un sistema jurídico del anterior orden jurídico por la aplicación de los demás criterios, pero ahora la persistencia se explica por la aplicación de CS.

2. CD, CL y CS son criterios de pertenencia de normas asociados respectivamente a los conceptos de sistema jurídico, orden jurídico y orden estatal. Con ello quiero sugerir lo siguiente:

a) CD es el único criterio de pertenencia, para cuya aplicación es suficiente tener en cuenta un solo sistema jurídico. Dado un conjunto de normas independientes y por aplicación del CD obtenemos el conjunto de normas dependientes. Es lo que suele denominarse, como ya dije, sistema jurídico estático. Por tanto, CD es un criterio de pertenencia de normas al mismo sistema jurídico.

b) La aplicación de CL requiere al menos dos sistemas jurídicos asociados a dos momentos temporales distintos. Por ejemplo, ya no es correcto afirmar que la norma N_2 , que ha sido dictada a tenor del procedimiento establecido por N_1 en el tiempo t_1 , pertenece al mismo sistema S_1 que N_1 . Precisamente la incorporación de N_2 en el tiempo t_2 es lo que hace que se pase de S_1 a S_2 . Así, a través de CL tenemos un criterio para dar cuenta del carácter dinámico del Derecho; ahora bien, circunscrito a la serie formada por todos los sistemas jurídicos pertenecientes al mismo orden jurídico O_1 . Así, pues, N_2 pertenece a S_2 , que es el sistema jurídico sucesivo a S_1 dentro de la misma serie (O_1). Por tanto, CL es un criterio de pertenencia de normas a distintos sistemas del mismo orden jurídico, o, si se prefiere, un criterio de pertenencia de distintos sistemas al mismo orden jurídico (cfr. CARACCIOLO, 1996).

c) La aplicación de CS requiere al menos dos órdenes jurídicos asociados a períodos temporales distintos y es pertinente para dar

cuenta de la llamada «persistencia del Derecho» dentro de un mismo orden estatal. Ya no es correcto afirmar, por ejemplo, que la norma que persiste (N_3) pertenece a un sistema jurídico del nuevo orden por aplicación de CL, puesto que N_3 fue promulgada siguiendo un procedimiento no previsto en el nuevo orden jurídico. N_3 pertenecía a un sistema jurídico del orden jurídico O_1 por la aplicación de CD o de CL, pero no puede pertenecer a un sistema jurídico perteneciente a O_2 por la aplicación de esos mismos criterios, ya que éstos son criterios de pertenencia de normas a un sistema y de un sistema a un orden jurídico, respectivamente. Lo que se requiere es un criterio como CS, es decir, un criterio de pertenencia de normas a distintos sistemas jurídicos pertenecientes a distintos órdenes jurídicos de un mismo orden estatal. Nótese que CS, a diferencia de CD y de CL, es un criterio de pertenencia que podríamos denominar de «segundo grado», en el sentido de que es operativo sólo respecto de normas que ya han pertenecido a sistemas de la serie anterior por aplicación de los criterios de pertenencia de «primer grado» (CD y CL).

En base a lo anterior, cabe afirmar que CS, a diferencia de CRNA, permite dar cuenta de forma satisfactoria del fenómeno de la persistencia y ello sin apartarnos excesivamente de los usos lingüísticos e intuiciones compartidos por muchos juristas, según los cuales las normas que persisten pertenecen (y no son meramente aplicables) a un sistema del nuevo orden jurídico.

Llegados a este punto, alguien podría objetar que las intuiciones y usos lingüísticos de los juristas no son, sobre esta cuestión, uniformes; por tanto, habría que rechazar la posición que aquí he sostenido por considerarla simplemente un crítica «externa». Sin embargo, creo que es posible añadir una crítica interna, que como tal puede ser considerada más contundente. Quienes postulan CRNA admiten explícitamente que las normas «receptadas» no pertenecen a ningún sistema jurídico. Pero, si esto fuera así, tendría como consecuencia claramente implausible el hecho de que las normas «receptadas» no tendrían carácter *jurídico*. En efecto, es una tesis compartida por todos los teóricos del Derecho que una norma es jurídica si y sólo si pertenece a un sistema jurídico (cfr., por todos, NINO, 1983: 95). Dado que las normas receptadas, si aplicáramos CRNA, no pertenecerían a ningún sistema jurídico, entonces no podrían ser consideradas normas jurídicas. Habría que admitir, en este caso, la conclusión de que sectores enteros del ordenamiento, que todos los juristas sin excepción consideran de carácter jurídico (por ejemplo el código civil español que data del siglo XIX) serían normas aplicables, *pero no jurídicas*.

Si, en cambio, se modifica el criterio de juridicidad de las normas y se admite que es suficiente que alguna vez una norma haya pertenecido a un sistema jurídico para que conserve siempre tal cualidad, entonces aún quedaría en pie lo implausible que resulta sostener que actualmente cuando los jueces aplican el Código civil

español, están aplicando normas jurídicas, pero no pertenecientes al Derecho español actual. Si no se quiere llegar a alguna de estas conclusiones, claramente absurdas, hay que abandonar CRNA y circunscribir la recepción de normas aplicables, como veremos más tarde, a las normas extranjeras (éstas siguen siendo jurídicas porque pertenecen a un sistema jurídico, aunque de un orden estatal distinto).

4.4. Incompatibilidad normativa

La segunda crítica a la que se somete a CP3 y que, por tanto, podría afectar a CS, es la que se refiere a la falta de precisión a la hora de identificar las normas «receptadas». Quienes abogan en favor de CRNA ofrecen como razón de esta imprecisión el hecho de que no exista una noción suficientemente clara de contradicción de normas.

Frente a esta objeción hay que decir lo siguiente. CRNA no soluciona este problema, ya que la misma imprecisión se produce al identificar el conjunto de normas aplicables. En efecto, en CRNA se alude a una norma perteneciente al sistema jurídico posrevolucionario que establece la aplicabilidad de la norma receptada. ¿Cuál puede ser esta norma? De *lege ferenda* podría postularse la necesidad de que los sistemas jurídicos positivos contengan una norma de este tipo, pero en la práctica pocos la tienen. Parece, más bien, que la candidata idónea a cumplir esta misión sería la disposición derogatoria que normalmente acompaña a la promulgación de una nueva constitución. Esta disposición suele tener un tenor muy general. Por ejemplo, la Constitución española de 1978, después de derogar explícitamente en los anteriores apartados distintas disposiciones normativas, establece en el apartado 3 de su disposición derogatoria: «Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución». Así, cuando se pretenda identificar el conjunto de las normas derogadas aparecerá la misma imprecisión.

El problema específico de la persistencia de normas es otro. Se trata de establecer qué significa la «oposición» o la «incompatibilidad» entre normas. Hay, al menos, dos significados posibles, a los que ya alude Kelsen (1960: 273 y ss.). Por un lado, la incompatibilidad formal y, por otro, la incompatibilidad material. El primer tipo de incompatibilidad es el que presenta, en mi opinión, un problema específico de la persistencia de normas a través de sucesivos órdenes jurídicos del mismo orden estatal. Todas las normas anteriores al nuevo orden jurídico fueron dictadas por órganos que, juzgados a partir de las normas de competencia del nuevo orden jurídico, son incompetentes. No se requiere mostrar la contradicción material, de contenido. Así, por ejemplo, si la Constitución española de 1978 establece que el Parlamento elegido democráticamente y sólo él es competente para dictar leyes, está claro que todas las leyes dictadas por el parlamento anterior no democrático serían inconstitucionales de acuerdo con la nueva constitución, sea cual fuere su contenido.

Si se quiere evitar esta consecuencia, que ningún jurista estaría dispuesto a admitir, hay que postular un criterio para distinguir las normas derogadas de las no derogadas. Pero esto ya se trata de un criterio de interpretación de la disposición derogatoria. A partir de ese momento, ya sólo cabe dar razones extralógicas para diferenciar el conjunto de normas derogadas del conjunto de las normas que siguen perteneciendo al nuevo orden jurídico del mismo orden estatal.

En este sentido, la interpretación que proponen los constitucionalistas es la de atender al contenido y no al procedimiento de creación de las normas anteriores, de tal modo que sólo si se da una contradicción entre el contenido de esas normas y las normas de la Constitución aquéllas quedan derogadas. Valga, por todos, lo dicho por Ignacio de Otto:

(...) la entrada en vigor de la Constitución no trae consigo la derogación de las normas anteriores por el simple hecho de que han sido aprobadas por órganos y procedimientos que la Constitución ha suprimido. Las normas anteriores siguen siendo válidas mientras su contenido no sea contrario a lo que la Constitución dispone, pues de otro modo se produciría la derogación de la totalidad del ordenamiento jurídico (DE OTTO, 1987: 79).

Ello sugiere una ulterior formulación de CS:

CS2: Una norma N perteneciente al último sistema jurídico del orden jurídico O_1 pertenece a un sistema jurídico del orden jurídico O_2 del mismo orden estatal si su *contenido* es compatible con las normas del primer sistema jurídico de O_2 .

La propuesta que aquí he sostenido ofrece, tal como espero haber mostrado, una mayor adecuación a las intuiciones y usos de los juristas y evita consecuencias nada plausibles. Así lo ha reconocido un sector de la Teoría del Derecho (cfr. PEÑA FREIRE, 2001: 206, 218-222) y un sector de la dogmática (cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, 2003: 240-243).

Pero posee, por último, una ventaja adicional sobre CRNA, ya que no requiere que exista la disposición derogatoria indeterminada en la constitución. Ello hace que CS2 sirva también para casos como el de la Constitución italiana en los que no existe tal disposición, pero los juristas siguen realizando la misma interpretación. Es cierto que algunos teóricos (GUASTINI, 1985) opinan que en estos casos cumple la misma función el principio de *lex posterior*, pero es dudoso que este principio sea de aplicación cuando se ha quebrado su fundamento, que es el criterio de legalidad (y esto es lo que sucede precisamente en la visión estándar con el cambio de orden jurídico). Dicho con otras palabras, hecha la distinción entre sistema, orden jurídico y orden estatal, se descubre que el principio de *lex posterior* encierra una ambigüedad, puesto que puede ir referido al cambio de sistema

manteniendo el mismo orden jurídico o al cambio de orden jurídico manteniendo el mismo orden estatal.

5. Relaciones entre distintos órdenes estatales

Hasta ahora hemos visto diversas cuestiones que emergen de las relaciones entre sistemas jurídicos pertenecientes al mismo orden jurídico y entre órdenes jurídicos pertenecientes al mismo orden estatal. Sin embargo, también pueden presentarse problemas interesantes como fruto de las relaciones entre órdenes estatales diversos. Entre tales problemas cabe destacar uno que resulta muy familiar a los cultivadores del Derecho internacional privado. El Derecho positivo español, por ejemplo, recoge las llamadas normas de conflicto, según las cuales un juez español puede estar obligado o facultado a decidir un determinado caso en el que interviene un elemento de extranjería de acuerdo con las normas jurídicas pertenecientes a otro orden estatal. En estas situaciones, la norma que debe o puede aplicar el juez ¿hay que considerarla como perteneciente a (un sistema jurídico de un orden jurídico de) su propio orden estatal?

Tradicionalmente se ha creído que toda norma que un juez debía aplicar pertenecía a su orden estatal. De este modo, el conjunto de normas pertenecientes a un orden estatal y el conjunto de normas aplicables por los jueces de ese orden estatal serían coextensivos. Sin embargo, no se aprecia las ventajas de mantener esta idea. Al contrario, si se hace la distinción entre normas *pertenecientes* y normas *aplicables* a la que ya he aludido se puede ganar en claridad y se puede dar cuenta de diversas situaciones que son de interés para los juristas, entre ellas la que ahora estamos tratando (vid. MORESO y VILAJOSANA, 2004: 185-187).

Los criterios de pertenencia ya han sido traídos a colación en anteriores apartados. La aplicabilidad, por su parte, podría ser definida en los siguientes términos (vid. MORESO y NAVARRO, 1998):

Una norma jurídica N es aplicable a un determinado caso en relación con un sistema jurídico si y sólo si existe otra norma que pertenece a ese sistema, la cual prescribe o autoriza a un determinado órgano jurídico a resolver el caso basándose en N.

Al distinguir entre pertenencia y aplicabilidad se estaría en condiciones de mostrar que puede haber normas pertenecientes a un orden que no son aplicables en relación con el mismo y normas que no pertenecen al sistema pero que son aplicables. El supuesto que nos ocupa se encontraría dentro de este segundo grupo. La norma que debe aplicar el juez no cumple con ninguno de los criterios de pertenencia que hemos visto (deducibilidad, legalidad, sustantivo), en cambio a través de una norma de conflicto del propio sistema se prescribe que el

juez resuelva el caso aplicando una norma perteneciente a un sistema de otro orden estatal distinto al suyo.

6. Relaciones entre los órdenes estatales y el orden internacional

Quedan por examinar las posibles relaciones entre los distintos órdenes estatales y el orden internacional. Esta es una discusión clásica en la teoría internacionalista (vid. RODRIGO, 1997: 67-84). La relación a la que se suele aludir es la relativa a la fuente de validez. La cuestión se plantea entonces de la siguiente manera: ¿tiene cada orden normativo (estatal e internacional) su propia fuente de validez o bien ambos comparten un mismo fundamento de validez? Quienes se inclinan por la primera opción reciben el nombre de dualistas, mientras que los que suscriben la segunda son llamados monistas.

Las posiciones dualistas suelen enfatizar que el orden internacional forma un orden distinto e independiente de los órdenes estatales porque aquél y éstos son producto de voluntades jurídicas separadas. En el orden estatal, la fuente de Derecho sería la voluntad del propio Estado, mientras que en el orden internacional la fuente última sería la voluntad común de dos o más Estados (TRIEPEL, 1923: 80-82).

Parece que esta posición dualista así resumida tiene un cierto sentido y parecería también que quien sostuviera una posición monista tendría la carga de mostrar que *empíricamente* existe una única voluntad creadora de ambos órdenes, lo cual llevaría a postular una especie de orden mundial que englobaría de hecho a todos los órdenes estatales. Como tal cosa está aún lejos de darse en la realidad, habría que concluir que el dualismo refleja mejor el estado de cosas actual.

Ahora bien, esta es sólo una de las estrategias posibles para defender el monismo. De hecho, el representante más destacado de esta tendencia (Kelsen) sigue una vía de defensa distinta, que es conveniente analizar con más detenimiento.

Cuando Kelsen postula su tesis de la unidad del Derecho internacional y del Derecho estatal se refiere a una unidad de carácter *epistemológico* y no empírico (vid. KELSEN, 1960: 330 y ss.). Con ello quiere decirse que sólo concibiendo el Derecho como una unidad es posible acceder a su conocimiento, al menos al conocimiento propio de los juristas.

Asimismo, las razones que aporta este autor en favor de su posición son conceptuales o, según sus propias palabras, «lógicas». En su opinión, las tesis dualistas tendrían razón únicamente si aparecieran conflictos insolubles entre el orden internacional y los órdenes estatales. Pero esto sólo sucedería a costa de negar la juridicidad del orden internacional (tratándolo, por ejemplo, como un orden moral).

Como los propios defensores de la posición dualista entienden que el orden internacional es jurídico, éste no puede ser simultáneamente válido respecto al orden estatal y al mismo tiempo contradictorio con éste. De ello infiere Kelsen que sólo tiene sentido la posición monista. Es decir, lo que Kelsen niega por razones «lógicas» o conceptuales es que puedan existir un Derecho internacional junto a un Derecho estatal que sean, al mismo tiempo, válidos, independientes entre sí respecto a su validez y que puedan entrar recíprocamente en conflicto. En este sentido, este autor apunta que cuando se da una aparente contradicción entre ambos órdenes en realidad «no constituye un conflicto normativo, dado que la situación puede ser descrita en enunciados jurídicos que de ninguna manera se contradicen lógicamente» (KELSEN, 1960, p. 332).

En este punto, no obstante, el argumento de Kelsen no resulta convincente. En efecto, en toda la construcción escalonada del ordenamiento jurídico por parte de Kelsen se parte del presupuesto de que no pueden darse contradicciones normativas ya que la *descripción* de un sistema jurídico no puede ser contradictoria, del mismo modo que la ciencia natural tampoco se contradice a la hora de exponer su objeto (las leyes de la naturaleza, por ejemplo) como una unidad. Sin embargo, no se entiende por qué ello deba ser así. Tiene perfecto sentido describir una contradicción, sin que ello suponga que la descripción sea contradictoria. Se puede decir, por ejemplo, «En el sistema jurídico S_j , hay una norma N_i que contradice a la norma N_j ». Esta descripción puede ser, como tal, verdadera o falsa (es verdadera si efectivamente existen esas normas N_i y N_j en el sistema jurídico S_j y ambas se contradicen entre sí) pero no es contradictoria por el hecho de que el objeto descrito sea una contradicción. Por tanto, si este es el argumento destinado por Kelsen a mostrar el carácter inevitable del monismo, no parece que consiga el efecto deseado.

Dentro del monismo, caben dos posiciones distintas. Por un lado, se puede sostener la supremacía del orden internacional sobre el orden estatal. En este caso, el fundamento de validez del orden estatal cabría buscarlo en la norma básica del orden internacional (a veces identificada con el principio de efectividad). Por otro lado, puede sostenerse que los órdenes estatales tienen primacía sobre el orden internacional. En este caso, se parte de la idea de que una norma de Derecho internacional es válida sólo cuando ha sido reconocida por una norma del orden estatal, con lo cual el fundamento último de su validez sería la norma básica del orden estatal en cuestión.

Para Kelsen, si bien existen razones lógicas que inclinan la balanza a favor del monismo y en contra del dualismo (algo que acabo de poner en cuestión), se carece de tales razones a la hora de decidir entre las dos posibilidades monistas que he expuesto brevemente. Entre ellas sólo cabe decidir por razones políticas, no lógicas. «Así como -dice Kelsen- la primacía del Derecho internacional desempeña un papel

decisivo en la ideología pacifista, la primacía del Derecho estatal, la soberanía del Estado lo tiene en la ideología imperialista (...) Hasta dónde el gobierno de un Estado deba o pueda limitar la libertad de acción de su Estado mediante tratados internacionales, es asunto político. La respuesta no puede deducirse ni de la primacía del Derecho internacional, ni de la primacía del Derecho estatal» (KELSEN, 1960: 344-345). Planteado el asunto en estos términos, creo que en este punto Kelsen tiene razón.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ALCHOURRON, Carlos; BULYGIN, Eugenio (1979): *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Fontamara, México, 1997, reimpresión de la edición de la Universidad de Carabobo, Valencia / Venezuela.

— (1987): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.

— (1991): «Sobre el concepto de orden jurídico», en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, C.E.C., pp. 393-408.

BULYGIN, Eugenio (1987): «Validez y positivismo», en Alchourrón, C; Bulygin, E.: *Análisis lógico y derecho*, Madrid, C.E.C., 1991, pp. 499-519.

— 1991a. «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9, pp. 257-279.

— 1991b: «Tiempo y validez», en Alchourrón, C; Bulygin, E.: *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, C.E.C., 1991, pp. 195-214.

CARACCIOLO, Ricardo (1988): *Sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, C.E.C.

— (1996): «Sistema jurídico», en Garzón Valdés, E; Laporta F. (eds.): *El derecho y la justicia. Enciclopedia iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta, pp. 161-176.

DAHL, Robert. A. (1971): *Polyarchy: Participation and Opposition*, New Haven, Yale University Press.

DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús (2003): «Las normas derogadas. Vigencia, validez, aplicabilidad», *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, pp. 197-252.

DE OTTO, Ignacio (1987): *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel.

GUASTINI, Riccardo (1985): «Questioni di tecnica legislativa», *Le Regioni*, 2-3, pp. 227-228.

HARRIS, John. W. (1971): «When and why does the Grundnorm change?», *Cambridge Law Journal*, 29 (1), pp. 103-133.

HART, Herbert, L.A. (1961): *El concepto de Derecho*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

KAPLAN, M.A. (1967): «Systems Theory», en Charlesworth, J.C. (ed.): *Contemporary Political Analysis*, New York, Free Press.

KELSEN, Hans (1945): *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, México, UNAM, 1949.

— (1960): *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo, México, UNAM, 1986.

LINZ, J.J. (1975): «Totalitarian and Authoritarian Regimes», en F. I. Greenstein y N.W. Polsby (eds.): *Handbook of Political Science*, vol III, Reading, Addison-Wesley, pp. 175-411.

MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo (1993): *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, C.E.C.

— (1998): «The Reception of Norms, and Open Legal Systems», en Stanley L. Paulson y Bonnie L. Paulson (eds.), *Normativity and Norms*, Oxford, Clarendon Press, pp. 273-292.

MORESO, José Juan; VILAJOSANA, Josep M. (2004): *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons.

MORLINO, Leonardo (1985): *¿Cómo cambian los regímenes políticos?*, trad. de J.J. González Encinar, Madrid, C.E.C.

NINO, Carlos Santiago (1983): *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel.

PEÑA FREIRE, Antonio (2001): «Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas», *Analisi e diritto*, en P. Comanducci e R. Guastini (eds), Torino, Giappichelli, pp. 193-230.

RAZ, John (1970): *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Clarendon Press.

— (1971): «The Identity of Legal Systems», en *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, O.U.P., 1979, pp. 78-102.

— (1974): «Kelsen's Theory of the Basic Norm», en *The authority of law. Essays on Law and Morality*, Oxford, O.U.P., 1979, pp. 122-145.

RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel J. (1997), *Las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales de cooperación. Su recepción en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Tecnos.

TRIEPEL, H. (1923): «Les rapports entre le Droit interne et le Droit international», *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, vol. I, pp. 71-121.

VILAJOSANA, Josep M. (1995): «Problemas de identidad de los sistemas jurídicos», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 17-18, pp. 331-42.

— (1996): «Towards a material criterion of identity of a legal order», *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*, 27, pp. 45-64.

— (1997): *El significado político del derecho*, México, Fontamara.

— (1998): «Dinámica de sistemas y persistencia de normas jurídicas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21-I, pp. 49-64.

— (2003): «La unidad del orden jurídico», voz de *IUSTEL, Enciclopedia Jurídica*.

— (2007): *Identificación y justificación del derecho*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons.