

VERGARA, ÓSCAR (ED.) (2009): *TEORÍAS DEL SISTEMA JURÍDICO** (GRANADA, COMARES) 325 PP.

El profesor Pedro Serna Bermúdez ha impulsado una línea de investigación sobre el pensamiento jurídico contemporáneo, continuando un esfuerzo iniciado bajo la guía del profesor Javier Hervada. A lo largo de más de cuatro décadas, el grupo de investigación ha ofrecido a la comunidad académica varias monografías sobre los principales autores y temas jurídicos de nuestro tiempo: Bentham, Pound, Olivecrona, Kelsen, Hart, Bobbio, Villey, Perelman, Finnis; la fundamentación de los derechos humanos, el positivismo jurídico bajo sus “proteicos ropajes” —que me perdone Hart por robarle esta expresión—, el debate en torno al derecho natural. En este marco se sitúan los trabajos más recientes sobre el positivismo jurídico analítico, como los de José Antonio Seoane y Pedro Rivas sobre Joseph Raz (*El último eslabón del positivismo jurídico*, Comares, Granada, 2005), los de Juan Bautista Etcheverry (v.gr., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, UNAM, México, 2006) y los recogidos en el presente volumen, editado por Óscar Vergara.

Teorías del sistema jurídico es una obra colectiva de cinco capítulos sobre algunos de los principales autores analíticos que han escrito acerca de los sistemas jurídicos. El editor es autor de la Introducción, el Epílogo y los capítulos sobre las teorías del sistema jurídico de Hans Kelsen (c. II) y de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (c. V). Luis Cruz, uno de los máximos expertos mundiales en la teoría jurídica de Jeremy Bentham, se ocupa de reconstruir el pensamiento benthamiano (c. I), mientras que Pedro Rivas y José Antonio Seoane exponen a Hart y Raz respectivamente (caps. III y IV). No se trata de una mera yuxtaposición de ensayos, sino de una coordinada exposición según un esquema común basado en el planteamiento de los problemas sobre el sistema jurídico que propusiera hace treinta años Joseph Raz.

El interés por el estudio del sistema jurídico en cuanto tal emerge en la época contemporánea, a partir de la observación de Bentham de que para comprender que sea una ley es necesario comprender y describir todo el sistema. Aunque Bentham no haya desarrollado la cuestión con el detalle posterior de autores como Kelsen o Raz, está claro que tanto él como su discípulo John Austin elaboraron teorías del sistema jurídico en su conjunto (págs. 1-3). El libro que comentamos presenta a cada autor resistemizado siguiendo las cuatro cuestiones que Joseph Raz estima centrales para explicar los sistemas jurídicos: su existencia, identidad, estructura y contenido. No pretendo hacer un resumen de lo que ya es un resumen, sino solamente reseñar la obra y dar una opinión conclusiva sobre su valor para los diversos tipos de lectores.

Luis Cruz expone la teoría de Bentham en el marco de su crítica del *common law*, y de su propuesta de un cuerpo completo de leyes (el *Pannomion*), cuyo carácter claro y sistemático serviría para asegurar las expectativas de los súbditos y, así, la mayor felicidad para el mayor número. Cruz destaca, contra lo que suele creerse respecto de Bentham —en parte quizás por el intento positivista posterior de separar la crítica de la descripción—, que el sistema del derecho será a la vez expositivo y censorio (pág. 9). La ciencia expositiva provee los conceptos, principios, estructura, etc., que la ciencia censoria necesita para construir un código racional y completo de leyes (pág. 15). Bentham es el gran defensor analítico de la concepción de la ley como *mandato de la voluntad soberana* (págs. 16-19). El poder soberano se basa en la utilidad de la obediencia, pero la fuerza de la ley depende de que vaya acompañada de la sanción (págs. 20-29). Cruz muestra como Bentham recoge la distinción entre un aspecto directivo y uno sancionatorio en toda ley, donde las sanciones pueden ser premios o castigos, aunque los castigos son tan esenciales que, sin ellos, se privaría a las leyes de su sentido (pág. 30). El carácter esencial de

* Traducción del título: *Theories of the juridical system*.

la sanción lleva a concluir que toda ley completa tiene una parte civil y otra penal, complementada por las leyes procesales, pues toda ley completa o considerada como objeto ideal consta de una parte que manda o prohíbe y de otra que castiga, complementada por una ley que indica quién debe aplicar la sanción (págs. 33-34). En un sistema de leyes como el que Bentham soñaba, debe impedirse que las interpretaciones de los jueces se añadan al cuerpo del derecho (pág. 40). Tras trazar las coordenadas fundamentales de la visión benthamiana del derecho, Cruz intenta aplicar el esquema raziano al pensamiento de Bentham: el sistema jurídico existe si hay un hábito general de obediencia; su identidad está determinada por el origen de los mandatos en un único soberano; su estructura está dada por diversos tipos de normas, que Cruz analiza con detalle; y, finalmente, existe un contenido debido de todo sistema, aquel que exija la utilidad, pero no se dice que de hecho los sistemas se adapten a ese contenido (y la crítica del *common law* parece sugerir lo contrario). Termina el autor señalando las finalidades del derecho: otorgar seguridad a los súbditos, para que conduzcan sus intereses particulares de manera que se favorezca la utilidad general. El capítulo de Luis Cruz no aporta una crítica de Bentham, pero su sola lectura, a la luz de los desarrollos posteriores, permite captar las dificultades inherentes al intento de sistematizar el derecho de una manera totalmente ajena al derecho positivo vigente, que era el del *common law*. Por otra parte, la presentación permite advertir también la superioridad de Bentham respecto de todos los otros autores estudiados en este libro. Mientras estos parecen jugar al análisis avalorativo del derecho y a la separación pseudocientífica entre la ciencia jurídica y las valoraciones, aquel pone de manifiesto la unidad necesaria entre descripción y valoración en la ciencia del derecho, y, sobre todo, la subordinación de la ciencia jurídica descriptiva (el expositor) a la ciencia jurídica crítica (el censor).

Óscar Vergara expone el pensamiento de Hans Kelsen sobre el sistema jurídico: la existencia del sistema como efecto de su eficacia, y las relaciones entre validez y eficacia tanto de las normas como del sistema; la identi-

dad del sistema jurídico por la unidad de todas las normas válidas que se fundan en una misma norma fundamental (quizás lo más interesante es el reconocimiento tardío, por Kelsen, de que la norma fundamental es una ficción: págs. 72-78); la estructura del sistema como una construcción escalonada, donde todas las normas crean y aplican derecho (excepto la primera constitución); el contenido del sistema como totalmente abierto –puede ser cualquiera– y, en fin, las relaciones entre derecho y Estado, y el derecho internacional. El detalle con que trata cada uno de los subtemas es encomiable, pero especialmente lo es su comparación entre las diversas etapas del pensamiento kelseniano. Es difícil encontrar un autor contemporáneo que haya destruido su propio sistema inicial con el rigor con que Kelsen lo hiciera a partir de 1962. Así resulta imposible atribuir a Kelsen –como era costumbre en los años de su primer impacto sobre los juristas– un gran rigor metodológico, una asombrosa coherencia con sus puntos de partida, etc. La verdad es que sus puntos de partida no le permiten afirmar ni siquiera lo más básico: que el derecho es norma. Con tanta “coherencia” puede afirmarse que no hay contradicciones entre normas, como que en realidad sí las hay; que las normas superiores establecen los criterios de validez de las inferiores, como que, en realidad, solamente establecen una alternativa para el órgano inferior entre crear una norma conforme a esos criterios (que será válida) y crear una norma contra esos criterios (que también será válida, pero anulable ... ¡Pero las normas válidas dictadas conforme a la norma superior también son anulables!); que cabe deducir una norma indirectamente (de la proposición descriptiva de la norma general “Todos los homicidas deben ser encarcelados” y de la proposición descriptiva del caso “Pedro ha cometido homicidio” se deduce que “Pedro debe ser encarcelado”), como que, en realidad, es imposible deducir una norma (porque toda norma es creada por un acto de voluntad, no de conocimiento, de manera que en el caso concreto la norma “Pedro debe ser encarcelado” no existe mientras el juez no dicta la sentencia). Y así sucesivamente. En mi opinión, la lectura de este capítulo

es de lo más instructiva para lectores que pudieran haber estado embelezados alguna vez con un pensamiento jurídico tan lábil como el de Hans Kelsen, cuya subsistencia hasta hoy no cabe atribuir más que a motivos ideológicos.

Pedro Rivas intenta extraer del pensamiento hartiano las respuestas que él habría dado a los problemas que Raz plantea sobre el sistema jurídico. Así, la existencia del sistema jurídico depende de que sea generalmente aceptado desde el punto de vista interno al menos por los funcionarios, quienes comparten reglas comunes de identificación de las normas del sistema; la identidad del sistema depende de las reglas de reconocimiento, que no son ni válidas ni inválidas (Rivas muestra la diferencia entre Hart y Kelsen respecto de la norma básica, a la vez que critica las ambigüedades de Hart en este tema); la estructura viene dada por la peculiar unión de reglas secundarias (especialmente las de reconocimiento, cambio y judicación) y reglas primarias del sistema; finalmente, el contenido, que en principio puede ser cualquiera, exige al menos algunas normas necesarias para la supervivencia (como el control de la violencia), aunque, precisamente porque el sistema puede tener cualquier contenido, las normas o principios morales pueden formar parte del derecho en la medida en que los incorpore una regla de reconocimiento. Rivas muestra las incoherencias internas del pensamiento de Hart, como, por ejemplo, su fluctuación entre normativismo y realismo jurídico, o entre admitir que la moral puede formar parte del derecho en su regla de reconocimiento o tratarse solamente de un caso de discrecionalidad de los tribunales, según la tesis de Joseph Raz (pág. 149).

José Antonio Seoane se ocupa de la teoría del sistema jurídico de Joseph Raz. De alguna manera, este es el capítulo en torno al que pivota el libro, porque los autores han adoptado el esquema raziano para abordar el tema. No es de extrañar, pues, que Seoane ofrezca uno de los capítulos más detallados. Raz también adhiere, en lo fundamental, a un test semikelseniano de eficacia para determinar la existencia de un sistema jurídico; pero añade, para los casos en que más de un sistema

supere el test de eficacia en un mismo lugar, el test de exclusión, que determina como sistema existente “el mejor” de los eficaces. Seoane ofrece una crítica de este segundo test, aunque quizás lo más problemático no se enfatiza lo suficiente, y es que introduce en el momento más básico de la determinación del objeto de estudio de la ciencia positiva del derecho un juicio de valor (sobre lo “mejor”, pero recordemos que todo el sentido de la tesis de las fuentes es que no es necesario recurrir a consideraciones de valor para identificar el derecho). En cuanto a la identidad, Raz rechaza el criterio de origen, para basar la identificación en la actividad de los órganos primarios aplicadores, que son los que reconocen autoritativamente las normas. Seoane también analiza la compleja teoría de Raz sobre la estructura del sistema, y su relativa indiferencia respecto del contenido. Finalmente, la crítica de Seoane se extiende adecuadamente a los diversos aspectos de la teoría, algunos muy llamativos como el test de exclusión, que exige identificar un sistema como el mejor; o la paradoja que significa basar la identidad del sistema en el reconocimiento autoritativo de las normas por los tribunales, para luego sostener que algunas normas reconocidas y aplicadas por los tribunales no pertenecen al sistema (como las normas del derecho extranjero aplicadas en aplicación de una norma interna sobre conflicto de leyes o derecho internacional privado); etc. En general, las críticas de Seoane me parecen fundadas. Sin embargo, del carácter excluyente de las razones legales para la acción deduce Seoane que Raz sostiene una tesis de obediencia absoluta al derecho válido (positivismo ideológico), lo cual le parece criticable. La verdad es que este aspecto de la teoría jurídica de Raz da esa impresión al leerse separado de sus tesis éticas, expuestas en otros trabajos, donde expresamente niega el deber moral general de obedecer el derecho, y afirma enfáticamente el deber de desobedecer el derecho injusto. Por eso, en mi opinión la crítica correcta contra Raz no es exactamente la que propone Seoane, sino una quizás más destructiva: que Raz propone tesis jurídicas y morales incoherentes entre sí, o una teoría descriptiva del derecho que es contraria a su propia teoría de la judicación.

Dejando de lado la complejidad de los detalles, que el lector puede disfrutar por su cuenta, a la altura del capítulo IV va emergiendo una imagen patética del desarrollo de la teoría analítica del sistema jurídico. Habida cuenta de que se están exponiendo las principales posiciones de los autores más lúcidos de esa tradición intelectual (Bentham, Kelsen, Hart, Raz), es realmente sorprendente que ellos no puedan estar de acuerdo ni siquiera en puntos elementales sobre la existencia de un sistema jurídico (por cierto, aquí sobresale el idiosincrático rechazo, por parte de Joseph Raz, de un criterio puro y simple de eficacia). Por eso, el capítulo V, dedicado a los profesores Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin y a su famosa obra *Normative Systems* (1971), es reconfortante. Aquí queda claro que los sistemas jurídicos no existen fuera de la mente sistematizadora de un jurista (solamente existen antes las normas jurídicas, pero no el sistema: pág. 238-239). La identificación del sistema, a su vez, depende de los criterios de legalidad (*i.e.*, promulgación por la autoridad) y deducibilidad (*i.e.*, la proposición no corresponde a una norma promulgada, pero se deduce de las que sí corresponden), más algunas normas independientes que cumplen funciones análogas a la norma básica de Kelsen. Complejidades y problemas análogos surgen en relación con la estructura y el contenido de los sistemas. Óscar Vergara trata con detalle el tema de las lagunas y el de la ciencia jurídica; especialmente iluminador. En efecto, a estas alturas sucede que Alchourrón y Bulygin terminan por admitir que, en su concepción de la ciencia, se combinan factores racionales e intuitivos, creadores. Aquí se recuerda una distinción que ha hecho fortuna en la teoría contemporánea del derecho: entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. El primero es creador e intuitivo, para arribar a los resultados; el segundo, es lógico, y permite demostrar la validez o invalidez de las conclusiones. Se nota la presencia de la filosofía de la ciencia de Reichenbach (pág. 288) y de algunos autores cercanos al neopositivismo del Círculo de Viena, como Carnap. Quizás por eso todo nos suena tan antiguo e insostenible. En particular, en el campo del derecho, como he afirmado en otro

lugar (Cristóbal Orrego, "Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral", *Revista Chilena de Derecho*, 37, 2, 2010), la distinción entre un contexto de descubrimiento libre, no racional e intuitivo, y un contexto de justificación normado, racional y lógico, es no solamente irracional, sino absolutamente inaceptable desde el punto de vista de la ética jurídica. Equivale a legitimar una combinación entre arbitrariedad e hipocresía, porque se arriba a la solución del caso de manera irracional —es decir, arbitraria, por mera intuición—, pero luego se la presenta con argumentos que pretenden justificarla racionalmente, enmascarando lo que verdaderamente mueve al jurista a arribar a esa solución. En todo caso, al menos estos autores ofrecen una visión más realista de lo que está sucediendo en los ámbitos donde influye la teoría analítica de tradición positivista (cualquiera sea el significado de esta palabra en la actualidad).

Finalmente, Óscar Vergara ofrece, en el Epílogo, una recapitulación y una crítica. La crítica muestra que fenómenos como la supraestatalidad normativa, la infraestatalidad normativa, la hipertrofia legislativa y otros, parecen dejar obsoletos los intentos de explicar los sistemas jurídicos anclados en la visión estatalista decimonónica. En realidad, la simple enumeración de los problemas aparentemente insolubles de las teorías de los sistemas jurídicos parece mostrar que es adecuada la disyuntiva propuesta por Moreso y Navarro (pág. 307): abandonar la teoría del sistema jurídico o resolver sus problemas oscuros. Algunos autores persisten heroicamente en el intento de estudiar y resolver los problemas. El libro que comentamos puede servir como buena introducción para quienes abriguen alguna esperanza de obtener frutos de semejantes temas (*v.gr.*, de saber si realmente hay lagunas o no en el derecho).

Personalmente he llegado a la conclusión de que, mediante este tipo de análisis aparentemente sofisticados, algunos juristas revisten sus visiones de fondo sobre el derecho y, en definitiva, sobre lo justo, de una apariencia rigurosa y científica, cuando lo que realmente hay es pura ideología. En consecuencia,

los análisis aparentemente puros sirven para desviar la atención de los problemas realmente importantes que enfrentan los juristas actualmente. Mi consejo para los lectores, entonces, es: si son especialistas en estas materias, lean este libro, que les será de utilidad; si se inician en estos temas, he aquí una buena introducción. Mas, si están en otra situación vital, o si, mejor aún, deliberan acerca de lo que realmente vale la pena leer para comprender el derecho tal como es —es decir, como una realidad que sirve al ser humano o que lo daña—, y no el derecho tal como los autores analíticos piensan que debería ser (como Bentham, que negaba el carácter jurídico del único derecho

existente a su alrededor, el *common law*), entonces les sugiero ampliar la mirada y dirigirse a otros autores, clásicos y contemporáneos. Quizás el servicio más importante que nos han prestado Óscar Vergara, Luis Cruz, José Antonio Seoane y Pedro Rivas, al exponer de corrido y sin respirar las complicadas construcciones desde Bentham a Bulygin, todas incompatibles entre sí y de muy escasa relevancia filosófica y humana, ha sido precisamente confirmarnos en la decepcionada percepción de este sector de la teoría del derecho. Les debemos, pues, nuestro sincero reconocimiento.

CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ**

** Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; Abogado; Máster en Artes Liberales y Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de los Andes (Chile). Correo electrónico: corrego@uandes.cl