

TESIS DOCTORAL

**IDENTIDAD DEL ORDEN JURIDICO
Y REGIMEN POLITICO**

Josep M^a Vilajosana Rubio

Director: Dr. Albert Calsamiglia Blancafort

Universitat Pompeu Fabra

Barcelona 1993

Dipòsit legal: B.4046-2007
ISBN: 978-84-690-3509-2

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION.....	8
1. El problema	8
2. La tesis	11
PRIMERA PARTE: EL ENFOQUE DE LA TEORIA DEL DERECHO	14
Capítulo I: Precisiones conceptuales	
1. Supuesto epistemológico y ontológico de sistema jurídico	15
2. «Niveles» de sistema jurídico	17
A) Sistema jurídico	
B) Orden jurídico	
C) Orden estatal	
D) Orden internacional	
3. Perspectiva diacrónica o sincrónica	23
4. Niveles y perspectivas: la dificultad del criterio único	24
5. Unidad, existencia e identidad	29
6. Criterio formal o material	31
Capítulo II: El criterio de la constitucionalidad: Hans Kelsen	
1. Norma básica y cadena de validez	35

A) Funciones de la norma básica: unidad y normatividad del orden jurídico	
B) La cadena de validez	
C) Formulación y contenido de la norma básica	
D) Validez y eficacia	
E) Derecho nacional y Derecho internacional	
2. El criterio de la constitucionalidad	53
A) Criterio procedimental	
B) Principio de origen normativo	
C) Criterio jurídico autónomo	
3. Insuficiencias	64
A) Críticas a la norma	
a) Carácter de la norma básica	
b) Derecho nacional y Derecho internacional	
c) El círculo vicioso validez-eficacia	
B) Críticas a la constitucionalidad como criterio de identidad	
a) Inconstitucionalidad como condición suficiente del cambio de orden jurídico	
b) Inconstitucionalidad como condición necesaria del cambio de orden jurídico	
c) Constitucionalidad y autorreferencia normativa	
4. Consecuencias	89

Capítulo III: El criterio de la regla de reconocimiento: H.L.A. Hart

1. Normas primarias y secundarias	92
2. La regla de reconocimiento	96
A) Funciones	
B) Existencia	
C) Formulación y contenido	
3. Existencia e identidad del orden jurídico	106
A) Existencia	
B) Identidad	
4. Insuficiencias	110
A) Carácter de la regla de reconocimiento	
B) Círculo vicioso	
C) Cambio de orden jurídico	
a) Variación de la regla de reconocimiento	
b) ¿Una única regla de reconocimiento?	
5. Consecuencias	123

Capítulo IV: El criterio del soberano: John Austin

1. Soberanía y sociedad política independiente	127
A) El hábito de obediencia	
B) Continuidad del derecho	
C) El soberano ilimitado	
2. Existencia del orden jurídico	137
3. El soberano como criterio de identidad	138
4. Insuficiencias	140

Capítulo V: El modelo de Joseph Raz

1. El concepto de sistema jurídico	146
A) Sistemas jurídicos momentáneos y continuos	
B) Razones para la acción e identidad del sistema jurídico	
a) Organos primarios de aplicación	
b) La tesis de las fuentes	
2. Existencia del orden jurídico	157
A) Existencia e identidad	
B) El criterio de la eficacia	
C) Una crítica a la eficacia como criterio de existencia del orden jurídico	
D) Otras sugerencias	
3. Identidad del orden jurídico	166
A) Delimitación de la problemática	
B) Hacia una solución alternativa	
4. Insuficiencias	173

SEGUNDA PARTE: EL ENFOQUE DE LA TEORIA POLITICA178

Capítulo I: Hacia un criterio material de identidad

1. La conexión entre derecho y política	178
2. Propuesta de reducción parcial de la teoría del derecho	180
3. Teoría política y ciencia política	182
A) Filosofía política y teoría política	
B) Teoría política e investigación empírica	

Capítulo II: El concepto de sistema político

1. La teoría de Easton: planteamiento general	191
A) El carácter político del sistema	
a) Asignación de valores	
b) Autoridad y sociedad	
B) El carácter sistémico de los comportamientos políticos	
a) Sistema	
b) Ambiente	
c) Respuesta	
d) Retroalimentación	
2. Sistema político y régimen político	212
A) Ambigüedades	
B) Sistema político y comunidad política	
a) El concepto de comunidad política	
b) Mi propuesta	
C) El concepto de régimen político	
a) Valores y principios	
b) Normas	
c) Estructuras de autoridad	
3. Críticas	232

Capítulo III: Identidad y cambio de régimen político

1. Cambio <i>de</i> régimen y cambio <i>en el</i> régimen	236
2. La propuesta de Morlino: planteamiento general	238
3. Concepto y niveles del cambio.....	240

4. Cambio de régimen político	241
A) Objeto	
B) Tipologías	
a) Regímenes democráticos	
b) Regímenes no democráticos	
5. Dimensiones del cambio.....	252
A) Modo	
a) Continuo/discontinuo	
b) Acelerado/lento	
c) Pacífico/violento	
d) Externo/interno	
B) Dirección	
C) Lugar de origen	
D) Profundidad	
6. Críticas.....	267
7. Una propuesta de criterio material de identidad	269
Capítulo IV: Régimen político y regla de reconocimiento	
1. La propuesta de E. Garzón Valdés: planteamiento general	276
2. Regla de reconocimiento como criterio de identidad del régimen político	281
A) Casos límites vinculados al punto de vista interno	
B) Casos límites vinculados al poder de imposición	
3. Críticas	291
CONCLUSIONES	297

BIBLIOGRAFIA301

INTRODUCCIÓN

1. El problema

En los últimos años asistimos a cambios muy importantes en el orden político internacional. Por centrarse sólo en Europa, baste recordar las disgregaciones producidas en la Unión Soviética, en Checoslovaquia y en Yugoslavia; o la reunificación de las «dos» Alemanias. En otros países, como España, Portugal o la Italia actual, se han producido o se están produciendo también transformaciones de gran trascendencia que afectan a sus respectivas organizaciones jurídico-políticas. Estos fenómenos hacen que se planteen una serie de dudas en el ámbito teórico. Algunas de estas dudas tienen relación con la problemática que los teóricos del derecho examinan bajo el rótulo genérico de «identidad del sistema jurídico».

En una primera aproximación, que a lo largo del trabajo se matizará suficientemente, cabe realizar algunas precisiones respecto a la identidad, por un lado, y a los sistemas jurídicos por otro. Con tal motivo me serviré del esquema de Raz. Según este autor, el problema de la identidad afecta a dos cuestiones distintas⁵:

⁵ Cfr. RAZ, J.: «La identidad de los órdenes jurídicos», in RAZ, J.: *La autoridad del derecho*, tr. cast. de R. Tamayo, México, UNAM, 1985, pp.105-134. Para las observaciones oportunas respecto a las tesis de este autor remito al capítulo V de la Primera Parte del presente trabajo.

- El alcance o extensión (scope). En este caso el tipo de cuestiones que se plantea es de si, por ejemplo, una determinada norma, un contrato o un tratado internacional forman parte del sistema jurídico.

- La continuidad. La cuestión aquí estriba en ver qué clase de eventos o procedimientos se requieren para que los sistemas jurídicos dejen de existir o para que sean reemplazados por otros. Problemas típicos de este ámbito serían, por ejemplo, pensar si una revolución, un golpe de Estado o una declaración de independencia acaban con la existencia de un sistema jurídico señalando el surgimiento de uno nuevo.

La distinción ulterior que hay que hacer es entre sistemas jurídicos momentáneos y no momentáneos o continuos. Según Raz, el problema del alcance se concreta en la búsqueda de los criterios de identidad de los sistemas jurídicos momentáneos, mientras que el problema de la continuidad es la búsqueda de los criterios que proporcionan un método para determinar si dos sistemas jurídicos momentáneos son parte de un mismo sistema jurídico continuo («orden jurídico», en la terminología que aquí se adoptará).

Así, pues, la primera concreción del tema a tratar sería la siguiente: el presente trabajo se centrará, dentro del tema genérico de la identidad, básicamente en la problemática que plantea la continuidad del orden jurídico.

Una segunda concreción surge a raíz de los objetivos que persiguen los teóricos del derecho al estudiar la identidad del orden jurídico. Se darían, según Raz, principalmente tres ámbitos en los cuales es relevante el estudio de los problemas de identidad de los sistemas jurídicos:

a) La cuestión de la relación entre existencia de una norma jurídica y su eficacia.

b) La distinción entre la creación de una disposición jurídica nueva y la aplicación de una existente.

c) La cuestión de la relación entre derecho y Estado.

De los tres ámbitos, aquí se prestará mayor atención al tercero. Resulta ser, en general, un punto muy descuidado por los teóricos del derecho. Pero creo que es de la máxima relevancia para este tema e irrenunciable para quien quiera tomarse en serio la conexión entre derecho y política⁶.

Por tanto, la problemática a estudiar será la que plantea la identidad de los sistemas jurídicos, entendida como continuidad del orden jurídico y en el ámbito de la relación entre derecho y Estado.

La temática a tratar, por tanto, es conceptual y no se ocupa de problemas de justificación, lo cual no es óbice para que pueda tener su repercusión en el ámbito del razonamiento jurídico. No cabe duda, por ejemplo, que la decisión de un juez, para que esté bien fundada, requiere alguna premisa prescriptiva (sobre lo cual poco hay que decir en este trabajo). Pero los jueces también tienen que resolver problemas conceptuales de este tipo en su argumentación. Basta que en alguna de las premisas de su razonamiento se haga referencia a cuestiones tales como «el propio sistema jurídico» o «el mismo orden jurídico» y otras similares, para que el trabajo conceptual aquí desarrollado resulte también de interés en este ámbito. El propio Raz ha subrayado el hecho de que

⁶ Es preciso recordar esta puntualización a lo largo del desarrollo de esta investigación. Para una mayor concreción sobre la relación derecho/política, cfr. *infra* Segunda Parte, cap. I, 1.

varias cuestiones relativas a la continuidad de los sistemas («órdenes») jurídicos pueden plantearse ante los tribunales en diferentes contextos. Así, un golpe de Estado triunfante o el establecimiento de un nuevo Estado pueden originar varios problemas: «¿Están aún en vigor las leyes anteriores? ¿Las personas que poseían un alto cargo lo mantienen o tienen que ser nuevamente designados? ¿Puede el nuevo régimen o el nuevo Estado reclamar impuestos y deudas debidas al antiguo régimen o Estado? ¿La persona que cometió un delito antes de haber ocurrido el cambio puede ser perseguida después de que este último haya ocurrido? Y, así, otros tantos problemas semejantes»⁷.

2. La tesis

Un primer objetivo que pretendo conseguir es el de aportar cierta claridad conceptual a un tema, cuya terminología no está en absoluto asentada y en el que, como habrá ocasión de comprobar, abundan las confusiones. Mostraré que tras el tema de la identidad del sistema jurídico se esconden gran variedad de cuestiones y no todas ellas pueden ser resueltas con el aparato conceptual perteneciente a una única disciplina como sostienen las teorías del derecho de corte positivista.

Para ello distinguiré cuatro niveles en los que se pueden plantear problemas de identidad (sistema jurídico, orden jurídico, orden estatal, orden internacional) y dos perspectivas desde las cuales se pueden contemplar (sincrónica y diacrónica). Combinados los niveles con

⁷RAZ, J.: «La identidad de los órdenes jurídicos», cit., p. 111.

las perspectivas se obtienen ocho ámbitos distintos, cada uno de ellos con su particular problemática.

Estas distinciones servirán de punto de partida para demostrar la plausibilidad de la tesis básica de este estudio:

No hay un único problema de identidad de los sistemas jurídicos que requiera una única respuesta. Hay en realidad varios problemas que merecen varias respuestas. Los teóricos del derecho positivistas no dan respuestas satisfactorias a esos problemas⁸. Y no las dan, porque desde los propios presupuestos de los que parten no es posible ofrecerlas, ya que olvidan la repercusión que sobre el tema de la identidad tiene la conexión entre derecho y Estado (o derecho y política). Voy a calificar de «formales» a tales presupuestos, según los distintos sentidos que después especificaré. Sostengo que usando únicamente criterios formales de identidad no se puede afrontar con garantías de éxito este tema. Como espero poner de manifiesto, las preguntas que cabe formular a nivel de orden jurídico obtienen una respuesta más adecuada no ya acudiendo a otras teorías del derecho (por ejemplo, no positivistas), sino aceptando aportaciones de otras disciplinas, como la teoría política, que se tomen en serio la vinculación entre el derecho y la política. A partir de ahí, podrá formularse un criterio material de identidad que salve los inconvenientes de los criterios formales.

El desarrollo de la exposición será como sigue. En la Primera Parte, empezaré por aclarar conceptualmente cuáles son los problemas

⁸Por «respuesta satisfactoria» entiendo la que más se adecúa a un uso del lenguaje establecido en la comunidad teórica de que se trate, siempre que la conceptualización que se use no deje sin explicar cuestiones que parezcan

de identidad del «sistema jurídico»; después reconstruiré los distintos criterios de identidad propuestos por ciertos teóricos del derecho (Kelsen, Hart, Austin, Raz); concluiré con la constatación de que tales criterios no son adecuados para resolver la problemática planteada, debido, en la mayoría de los casos, a su carácter formal. La Segunda Parte irá destinada al intento de hallar un criterio material de identidad del orden jurídico. Para ello, y basándome en las conexiones entre niveles jurídicos y niveles políticos, mantendré la necesidad de reducir parcialmente la teoría del derecho en este punto. Así, consideraré que la identidad del orden jurídico es una función de la identidad del régimen político. Hecho lo cual, y partiendo de las aportaciones de ciertos teóricos de la política (en especial, de Easton y Morlino), propondré un criterio material de identidad. El estudio concluye con el examen del criterio de identidad mantenido por Garzón Valdés, que, salvo alguna diferencia que después se indicará, coincide en el fondo con la propuesta aquí sostenida.

relevantes, según los criterios de la propia comunidad. En tal sentido, a lo largo del texto pondré de manifiesto las perplejidades que surgen a raíz de la utilización de criterios formales de identidad del orden jurídico.

PRIMERA PARTE: EL ENFOQUE DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Capítulo I: Precisiones conceptuales

El tema de la identidad del orden jurídico desde el enfoque de la teoría del derecho hay que englobarlo dentro del tratamiento sistémico que domina buena parte de los estudios jurídicos contemporáneos. Esto hace que sea indispensable empezar por precisar qué se entiende por «sistema jurídico».

La expresión «sistema jurídico» es ambigua, ya que es empleada por distintos autores, y aún por un mismo autor, con significados diversos. Sin embargo, es de la máxima importancia distinguir entre estos significados si no se quiere incurrir en confusiones. Para empezar, cabe hacer varios tipos de distinciones.

La primera, afecta a la utilización indistinta del concepto de sistema jurídico para hacer referencia a lo que en realidad son dos supuestos diferentes: epistemológico y ontológico. La segunda distinción, por su parte, tiene que ver con los diversos niveles a los que se suele aplicar dicho concepto. En tercer lugar, puede ayudar a la comprensión de la problemática concreta de la identidad de los «sistemas jurídicos», conectar los niveles con las perspectivas desde las que pueden

contemplarse. Por último, es necesario decir algo sobre las conexiones entre los temas de identidad y los de unidad y existencia.

1. Supuesto epistemológico y ontológico de sistema jurídico

Una primera ambigüedad que hay que aclarar se refiere a la propia consideración del derecho como sistema⁹. Por un lado, cualquiera que sea el criterio sistemático que se admita o se proponga, el «sistema» puede ser pensado como el resultado de la actividad racional de los «científicos» o «dogmáticos» del derecho.

Así, una de las principales tareas de éstos será la de presentar en forma sistemática las disposiciones que componen el derecho positivo en cuestión (obsérvese que se trata de sistematización del material jurídico y no sistematización de los enunciados de la ciencia jurídica). Puede llamarse «supuesto epistemológico» a la noción de sistema jurídico si se sostiene que solamente a través de su sistematización previa, el material jurídico puede ser comprendido por el estudioso. Lo que no debe confundirse con la exigencia dirigida a la ciencia jurídica para que organice sistemáticamente sus enunciados. De este modo, cabe distinguir tres niveles de lenguaje: el utilizado por el legislador, aquel en que se

⁹ Tanto la terminología como las precisiones de esta sección están tomadas de CARACCIOLO, R.: *El derecho como sistema. Análisis de un esquema conceptual*, Tesis doctoral inédita, Córdoba (Argentina), 1977, pp. 42-45.

construye el modelo (donde tendría cabida el supuesto epistemológico de sistema jurídico) y el lenguaje mediante el cual se describe el modelo.

La otra manera de considerar el sistema jurídico puede ser denominada «supuesto ontológico». Se trata aquí de pensar el sistema como un producto de la actividad, no ya (o no exclusivamente) del jurista sino del propio legislador, al que se le supone a estos efectos actuando racional y sistemáticamente. Por consiguiente, la función del jurista sería exponer el sistema jurídico formulado de antemano, analizar un dato previo a su investigación.

No es fácil descubrir a cuál de estos dos supuestos se adhieren los teóricos del «sistema jurídico». Sin embargo, la distinción es importante, si se tiene en cuenta que ciertas afirmaciones bastante corrientes en el ámbito jurídico implican la admisión del supuesto ontológico. Una de estas afirmaciones establece que el sistema jurídico posee una existencia propia. Tal afirmación carecería de sentido si se tratara de una elaboración conceptual de la ciencia jurídica. En estos casos, «sistema jurídico» se utiliza como equivalente a «Derecho», pero es habitual que el criterio a tenor del cual se afirma la existencia de ese sistema o Derecho no coincida con el criterio que permite afirmar el carácter sistemático del conjunto de normas. La conclusión, entonces, parece ser que el Derecho constituye un sistema por razones distintas a aquellas que fundamentan la aserción acerca de la existencia de un Derecho determinado.

Si ambos criterios son diferentes, nada obsta para que dada la afirmación fáctica acerca de la existencia de un derecho determinado no se siga que el mismo constituye un «sistema». La manera de salvar esa

identificación consiste a menudo en postular ciertas relaciones necesarias entre los criterios sistemáticos y de existencia, lo que acarrea, como se verá¹⁰, graves problemas teóricos. Además, la cuestión es relevante para la presente investigación porque los criterios sistemáticos propuestos suelen coincidir con los criterios de identidad, por la vinculación estrecha que se establece entre unidad e identidad de los «sistemas jurídicos»¹¹.

2. «Niveles» de sistema jurídico

De lo notable que es la confusión originada en torno al significado de sistema jurídico da fe la variedad de términos que se utilizan para describir una misma situación y la variedad de fenómenos que son descritos a veces con la misma expresión. Así, se habla de sistema jurídico, orden, ordenamiento, Derecho, etc., refiriéndose a un conjunto de normas en un momento determinado, a la sucesión de esos conjuntos a lo largo del tiempo, etc. Resulta, pues, imprescindible hacer las oportunas matizaciones con el fin de especificar en qué sentido se utilizarán aquí determinadas expresiones. Por ello, puede resultar útil estructurar la cuestión en diferentes niveles.

A) Sistema jurídico

¹⁰ Cfr., por ejemplo, *infra*, capítulo II, 1, D) y 3, A) c).

¹¹ Cfr. *infra*, sección 5 del presente capítulo.

Una de las acepciones más usadas de sistema jurídico es la que lo concibe como un conjunto de normas. En este sentido, un sistema jurídico es el conjunto de normas jurídicas que tienen una determinada propiedad P en un tiempo t y en un espacio e determinados¹². La propiedad P puede ser la validez (en su multiplicidad de significados), la vigencia, la aplicabilidad, etc.

Si el sistema jurídico es concebido como un conjunto de normas, la identidad del conjunto estará definida por la identidad de sus elementos (las normas). Por eso, cada vez que se crea una nueva norma o se deroga una norma perteneciente al sistema jurídico, se obtiene un nuevo conjunto, distinto del conjunto originario¹³.

Puesto que la identidad del conjunto se define por la identidad de sus elementos, es imprescindible recurrir a algún criterio de identificación de normas. Estos pueden ser criterios no lingüísticos o lingüísticos. A su vez, entre éstos últimos, cabe postular un criterio sintáctico, semántico o mixto¹⁴. No voy a desarrollar estas distinciones que podrían ser el marco de referencia de la problemática a tratar en este «nivel». Simplemente, es oportuno subrayar que la expresión «sistema jurídico» quedará reservada, en la presente investigación, a este significado específico, es decir, a un conjunto de normas que cambia cada

¹²La especificación espacial rara vez aparece en las formulaciones estándar, lo cual puede tener alguna explicación, como se verá más adelante al establecer la distinción entre orden jurídico y orden estatal.

¹³ALCHOURRON, C.; BULYGIN, E.: «Sobre el concepto de orden jurídico», in *Análisis lógico y derecho*, Madrid, C.E.C., 1991, pp. 393-407.

¹⁴Cfr. MORESO, J.J.; NAVARRO, P.E.: «Some remarks on the notions of legal order and legal system», *Ratio Juris*, vol 6, 1, 1993, pp. 50-51.

vez que cambia uno de sus elementos. Los problemas que se plantean en este campo serán, así, problemas de «primer nivel».

B) Orden jurídico

Según lo dicho en el apartado anterior, los sistemas jurídicos cambian en el tiempo con la incorporación de nuevas normas al conjunto y la supresión de otras pertenecientes con anterioridad al mismo. Pero suele decirse que, a pesar de tales cambios, el «sistema» de alguna manera sigue siendo el mismo. Esto posibilita hablar de «sistema jurídico» en otro sentido.

Así es como lo ha entendido Raz, el cual distingue entre sistema jurídico momentáneo («sistema jurídico», en la terminología aquí adoptada) y sistema jurídico (llamado a veces por el propio Raz «no momentáneo» o «continuo» y al que por ahora se llamará aquí «orden jurídico»)¹⁵. Para Raz, un sistema jurídico momentáneo es el conjunto de normas pertenecientes a un sistema jurídico en un momento determinado. De este modo, el «sistema jurídico continuo» (orden jurídico) puede verse como una sucesión de «sistemas jurídicos momentáneos» (sistemas jurídicos). De tal modo que el problema de la identidad del orden jurídico estriba en hallar la propiedad que comparten los distintos sistemas jurídicos que pertenecen al mismo orden jurídico. Pero, llegados a este punto, surge el problema de la relación entre los conceptos de sistema y orden jurídicos.

¹⁵Cfr. RAZ, J.: «La identidad de los órdenes jurídicos», cit., p. 109 y RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, tr. cast. de Rolando Tamayo, México, UNAM, 1986, p. 55.

No queda claro en el esquema propuesto por Raz si esta relación es de pertenencia o de inclusión¹⁶:

- Relación de pertenencia. En este caso, el orden jurídico es una secuencia de sistemas jurídicos, con lo cual cobra importancia la determinación de la propiedad P que permita establecer cuándo un sistema jurídico pertenece a un determinado orden jurídico. En estas circunstancias, no sería correcto decir que una norma pertenece a un orden jurídico (puesto que la relación de pertenencia no siempre es transitiva), sino más bien que una norma pertenece a un sistema jurídico, el cual, a su vez, pertenece a un orden jurídico.

- Relación de inclusión. Esta caracterización supone entender que un sistema jurídico está incluido en un orden jurídico, que es tanto como decir que el primero es un subconjunto del segundo. En este caso, el orden jurídico sería un conjunto de normas, mientras que los sistemas jurídicos serían distintos subconjuntos del mismo en diferentes momentos. Así, bajo esta concepción, una norma N_j pertenece a un orden jurídico OJ si y sólo si tiene una determinada propiedad P (por ejemplo, la vigencia), mientras que lo que diferencia a los miembros de cada subconjunto es el distinto momento en que poseen tal propiedad.

Tomar uno u otro camino puede llevar a resultados distintos. Por eso no está de más que antes de empezar la exposición de los criterios de identidad propuestos por diversos autores se diga que a partir de ahora se entenderá la relación antedicha como una relación de pertenencia.

¹⁶Cfr. BULYGIN, E.: «Tiempo y validez», in *Análisis lógico y derecho*, cit., p. 197.

Pero con lo anterior no quedan totalmente resueltos los problemas en este segundo nivel. Es preciso realizar una ulterior distinción entre orden jurídico y orden estatal.

C) Orden estatal

Con frecuencia, la distinción de niveles se detiene una vez hechas las anteriores precisiones. Habría, así, para cada momento determinado un conjunto de normas que conformaría un sistema jurídico. Además, distintos sistemas jurídicos en 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 claridad¹⁷.

A veces se dice que el «Derecho español» constituye un orden jurídico distinto del «Derecho francés». Al mismo tiempo, se afirma que una revolución significa una ruptura del orden jurídico. Y, 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 sistema u orden jurídico. ¿Cómo pueden compaginarse tales afirmaciones, si es que todas ellas tienen sentido?

Una forma de encarar la cuestión puede ser la de identificar sin más «orden jurídico» y «orden estatal». En este caso, se entiende que la sucesión de sistemas jurídicos tiene lugar en un mismo territorio y que,

¹⁷Sobre este punto ha llamado la atención Caracciolo, pero no ha extraído todas sus consecuencias (Cfr. CARACCIOLO, R.: *Sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, C.E.C., pp. 19 y 20). Últimamente Bulygin

por tanto, tales cambios no afectan al Derecho del mismo, entendido como un orden. La puntualización acerca de la localización espacial rara vez se explicita, a diferencia de la localización temporal¹⁸. Y, sin embargo, tiene importancia. Precisamente da la impresión de que el orden jurídico entendido como orden estatal tiene la función de encuadrar espacialmente la sucesión de sistemas jurídicos, a la vez que permite separar el orden jurídico vigente en un territorio en un determinado momento de otro orden jurídico vigente en el mismo momento pero en un territorio distinto. Además, esta concepción oculta diferencias que tal vez hayan de considerarse relevantes. En primer lugar, impide ver en los cambios de régimen (por emplear una terminología política) o en los cambios ilegales de la constitución (por utilizar terminología jurídica) una alteración del orden jurídico. Si no se realizan más distinciones, habría que concluir que en la España del siglo XX habría existido un único orden jurídico, que se remontaría siglos atrás.

Por eso parece de interés proceder a una ulterior distinción entre orden jurídico y orden estatal¹⁹. Así, se podría afirmar que en la España del siglo XX se han dado sucesivos órdenes jurídicos, correspondientes a

también ha indicado que podría ser útil hacer esta ulterior distinción entre niveles (BULYGIN, E.: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *DOXA*, 9, 1991, pp. 265-266).

¹⁸Sí que lo ha hecho, por ejemplo, Caracciolo (Cfr. CARACCIOLO, R.: *Sistema jurídico. Problemas actuales*, cit., p. 31).

¹⁹En muchas ocasiones se incurre en confusiones por no realizar debidamente esta distinción. Entre los muchos ejemplos que podrían traerse a colación, véase FINNIS, J.M.: «Revolutions and Continuity of Law», (1973), in SIMPSON, A.W.B. (ed.): *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Oxford, O.U.P., 1978. Finnis se da cuenta de la ambigüedad sistemática en que se usa el término «revolución», pero no cae en la cuenta de que él incurre en otro tipo de ambigüedad al usar el mismo término para significar, por un lado, el cambio de régimen

otros tantos regímenes políticos (monarquía, república, franquismo, monarquía parlamentaria), pero que tales órdenes pertenecen todos ellos al Derecho español.

Lo que ocurre es que, en ocasiones, la creación de un nuevo orden jurídico coincide con el surgimiento de un orden estatal (por ejemplo, la independencia de un Estado). Pero ello es una circunstancia histórica que para nada impide proceder a su distinción conceptual. Por el contrario, se obtienen más ventajas de tal separación, como espero poner de manifiesto a lo largo de este trabajo.

D) Orden internacional

Otros autores han contemplado la posibilidad de un cuarto «nivel», que correspondería al orden internacional. El caso más representativo de la concepción del orden internacional como «sistema» es el de Kelsen. Sin embargo, plantea una serie de problemas que se verán en su momento. Por ahora, baste decir que no parece tener sentido, en el lenguaje de los juristas, entender el orden internacional como sucesión de Estados.

3. Perspectiva diacrónica o sincrónica

Además de la distinción entre distintos niveles, es necesario distinguir entre dos diversas perspectivas. Así, los problemas de identidad

político (orden jurídico o 2º nivel en nuestra terminología), y, por otro, el cambio de Estado (orden estatal o 3º nivel en nuestra terminología).

pueden plantearse diacrónica o sincrónicamente. Desde la perspectiva diacrónica, se alude a la sucesión de sistemas dentro de un mismo orden jurídico, o a la sucesión de órdenes dentro de un mismo orden estatal. Se toma como constante el elemento espacial y la variable que se tiene en cuenta es la temporal. En todo caso, se trata de establecer cuáles son las condiciones necesarias y/o suficientes para que pueda hablarse de cambio de orden jurídico (o, en su caso, cambio de orden estatal).

Desde la perspectiva sincrónica, las preguntas que suelen hacerse es cómo distinguir distintos sistemas jurídicos, órdenes jurídicos o distintos órdenes estatales dentro del mismo intervalo de tiempo. Dado que, como se ha dicho, el orden estatal muchas veces cumple la función de encuadrar en un determinado territorio la sucesión de sistemas jurídicos y/o de órdenes jurídicos, se toma como un dato incuestionable, como un punto de referencia sólido sobre el cual no se indaga.

4. Niveles y perspectivas: la dificultad del criterio único

Si se combinan los niveles con las perspectivas mencionadas, surge en teoría la posibilidad de plantear dentro del tema genérico de la identidad del «sistema jurídico» 8 posibles cuestiones. A continuación enumeraré del 1 al 4 los distintos niveles y añadiré la letra D o S, según se contemplen desde una perspectiva diacrónica o sincrónica. Así, se obtiene:

- 1D. En este caso, se parte de un solo sistema jurídico y las cuestiones a formular son: cuándo se mantiene el mismo sistema y cuándo cambia. Puesto que la identidad aquí depende de las normas que

conforman el conjunto, mientras no haya variación en las mismas el sistema sigue siendo el mismo. Suele vincularse al criterio de legalidad, de tal forma que se entiende que el sistema se modifica con el ingreso o eliminación de alguna norma jurídica.

- 1S. Dentro de esta perspectiva, la hipótesis que suelen mantener los teóricos del derecho y los juristas en general es que hay varios sistemas jurídicos. La cuestión ahora estriba en ver por qué son distintos aquellos sistemas existentes en un mismo intervalo temporal. La primera respuesta obvia e inmediata es que son distintos porque también lo son sus respectivas normas jurídicas (Bulygin). Pero este criterio no resuelve totalmente la cuestión. Piénsese que, aunque empíricamente muy improbable, no está lógicamente excluido que existan sistemas con las mismas normas. Aún en estos casos, los juristas seguramente insistirían en que hay alguna diferencia entre ellos (sino, ¿qué sentido tiene decir que son *dos* sistemas?). En definitiva, el problema es que si no se entra en el segundo o tercer nivel, habría que concluir que sistemas con las mismas normas jurídicas, aunque estén vigentes en territorios distintos, son idénticos²⁰. El único criterio que resta es diferenciarlos por su pertenencia a órdenes jurídicos distintos.

²⁰Alguien podría pensar que Kelsen habría resuelto este problema sin necesidad de acudir a otros niveles. Así, para este autor nunca serían las mismas normas porque el ámbito de vigencia territorial siempre será distinto (el ámbito de vigencia está incluido en el contenido). Sin embargo, esta contestación no resuelve el problema; simplemente, lo elude. La cuestión estriba precisamente en saber por qué ciertas normas tienen ámbitos de vigencia iguales y otras los tienen distintos. Y esta es una pregunta que no puede ser contestada por las propias normas. En este trabajo no me ocuparé en especial de este punto. Baste decir que la respuesta a la anterior cuestión únicamente puede hallarse en el tercer nivel (y mi objetivo de estudio se centrará en los problemas relativos al segundo nivel): sólo después de haber establecido criterios de identidad de unidades políticas independientes, se pueden establecer distinciones entre normas que tienen distinto ámbito de vigencia.

- 2D. Lo que en este ámbito se plantea es saber qué variaciones en sistemas jurídicos sucesivos, manteniendo constante el espacio, son compatibles con la existencia del mismo orden jurídico; e, igualmente, qué variaciones en aquéllos dan lugar a un cambio en éste. Estas cuestiones suelen vincularse al criterio de la constitucionalidad. Lo que por el momento puede decirse es que para contestar satisfactoriamente las preguntas relativas a 2D, éstas deben formularse respecto a un intervalo de tiempo tal, definido porque incluya al menos un cambio de sistema jurídico (1S).

-2S. ¿Por qué se interpretan como distintos órdenes jurídicos simultáneamente vigentes en diferentes espacios? La vinculación que la contestación a esta pregunta tiene con el primer nivel ha sido puesto de relieve por muchos autores. Lo que no se ha percibido con tanta claridad es que la respuesta hay que buscarla en el tercer nivel: son distintos porque pertenecen a órdenes estatales distintos. Ello, obviamente, no hace más que trasladar la pregunta de nivel. Así, pues, la identidad de los órdenes jurídicos parece depender, desde una perspectiva sincrónica, de la identidad de los órdenes estatales. De nuevo, decir que dos órdenes jurídicos son distintos en virtud del contenido de sus respectivos sistemas integrantes no es convincente. Existe la posibilidad lógica, aunque sea empíricamente muy improbable, de que existan órdenes jurídicos cuyos sistemas contengan las mismas normas. En estos casos los juristas seguirían pensando que son dos órdenes *distintos*. Pero la diferencia ya no puede provenir de su distinto contenido, sino de la pertenencia a órdenes estatales *distintos*. Es una cuestión que no hay que desechar porque, de lo contrario, no se contesta a lo formulado en 1S. Sin

embargo, se da un problema adicional. La suposición por parte de los juristas de que existen simultáneamente sistemas jurídicos distintos tiene como consecuencia la suposición de que existen órdenes jurídicos distintos. Por tanto, si bien el ámbito 1S remite al 2S, en éste tampoco se resuelve la cuestión, ya que puede volver a formularse la misma pregunta que en 1S.

- 3.D. A este nivel, se parte de un solo orden estatal y se interroga acerca de qué cambios de órdenes jurídicos son compatibles con la existencia continuada del mismo orden estatal y cuáles dan lugar a un cambio en éste. Esta cuestión se complica si se piensa en la posibilidad de que el cambio en el orden jurídico, de acuerdo con el criterio de legalidad, no sea una condición necesaria del cambio de orden estatal.

- 3.S. El punto de partida ahora son varios órdenes estatales. La pregunta a formularse: ¿cómo se distingue un orden estatal de otro existente al mismo tiempo? ¿Hay que acudir de nuevo a un «nivel superior» para establecer la identidad en este sentido? Casos como el yugoslavo ponen de manifiesto que contestar a esta pregunta no es tan sencillo.

Por último, es menester realizar una precisión importante respecto al tercer nivel. Se trata de un nivel contingente. Con ello quiero significar que si bien en la actualidad nos sigue pareciendo importante aludir a distintas unidades políticas independientes, ello no tiene por qué ser siempre así. Si en el futuro se estableciera un único centro de poder internacional, cuyas decisiones vincularan efectivamente a todo el territorio que hoy se halla dividido en diferentes Estados, no tendría

sentido hablar de este tercer nivel. Sí, en cambio, se podría seguir haciendo referencia a sucesiones de órdenes jurídicos dentro de un mismo orden internacional.

- 4.D. ¿Cuándo cambia el orden internacional? Aquí podría decirse que si el orden internacional está integrado por normas tales como el principio de efectividad en el reconocimiento de Estados, al cambiar éstas también cambiaría el orden internacional.

- 4.S. Como se postula que el orden internacional es único, no parece tener sentido cuestionarse sobre su diferenciación respecto de «otros» órdenes internacionales.

Todo lo anterior pone de relieve la importancia de las cuestiones esbozadas y la dificultad en contestarlas. Hay que subrayar que los problemas de identidad planteados en el primer nivel, no pueden resolverse a menos que se resuelvan primero los suscitados a niveles superiores. Y que éstos, como se espera poner de relieve más adelante, no son solubles desde una perspectiva puramente «formal».

Por todo ello, a pesar de que el centro de la presente investigación girará en torno a los criterios de identidad del orden jurídico (2D y 2S), resultarán inevitables las referencias a los demás niveles.

Tales referencias son inevitables debido a sus conexiones con el tema. Pero, además, lo son porque al no realizar las distinciones precedentes, cabe entender que la mayoría de autores cuyas obras se analizarán en esta primera parte utilizan un único criterio conceptual²¹ de

²¹Digo «criterio conceptual», porque de otro modo podría prestarse a confusión. Por poner un ejemplo, no afirmo (ni niego) que la misma regla de reconocimiento (tal como «es derecho lo que sanciona el rey en el

identidad común a todos los niveles y perspectivas. Así, por ejemplo, el criterio de la constitucionalidad o el de la regla de reconocimiento tal como aquí serán reconstruidos sirven explícita o implícitamente como criterios de identidad tanto de los sistemas jurídicos, como de los órdenes jurídicos o de los órdenes estatales y, en su caso (Kelsen), del orden internacional.

Por esta razón, a lo largo de la presente exposición resultará también ineludible analizar cuestiones relativas, por ejemplo, a la identidad de los sistemas jurídicos (1D y 1S). Tal vez sea este nivel al que han dedicado mayor espacio en sus obras, por lo que de él surge con mayor claridad los criterios mantenidos por tales autores. Sin embargo, hay que insistir una vez más: ni siquiera los problemas planteados a este nivel pueden ser correctamente resueltos sin acudir a los niveles superiores.

5. Unidad, existencia e identidad

Se impone una última observación para decir que el tema de la identidad presenta claras concomitancias con los de la unidad y existencia.

Aquí no interesa hablar de identidad de un orden jurídico inexistente. Así, el problema de la continuidad de un orden jurídico se relaciona con la existencia continuada del mismo²².

Parlamento») sea utilizada para contestar todas las cuestiones que se plantean en el texto. Únicamente indico que el mismo *concepto* de regla de reconocimiento es utilizado para ese fin.

²² Por supuesto, el sentido de esta afirmación variará en función del significado que se asigne al término «existencia». Mi atención se centra básicamente en órdenes jurídicos vigentes en Estados realmente existentes,

Por lo que al tema de la unidad del orden jurídico se refiere, cabe decir que los criterios de identidad del orden jurídico que veremos cumplen siempre la función de dotar de unidad al mismo. El criterio de identidad es usado al mismo tiempo como criterio de unidad; o, si se prefiere, el hecho de dotar de unidad sistemática a un conjunto o a una sucesión de conjuntos les confiere su identidad.

De los problemas que plantean estas vinculaciones, ya se ha advertido al hablar del sistema jurídico como supuesto ontológico. Pero ahora hay que añadir que las distinciones entre niveles y perspectivas que acabo de proponer pueden ser útiles para distinguir conceptualmente la identidad de la unidad. A pesar de que tales conceptos aparecen siempre unidos, podría decirse que al preguntar cuándo cambian los sistemas o los órdenes (perspectiva diacrónica), se suscitan problemas de identidad, mientras que cuando se indaga acerca de por qué aquéllos son distintos de otros simultáneamente vigentes (perspectiva sincrónica), se está haciendo referencia a la unidad (en concreto, al tercer nivel). De aceptarse esta distinción, la tesis aquí mantenida, según la cual los problemas relativos a la perspectiva sincrónica tienen prioridad conceptual respecto a los que surgen de una perspectiva diacrónica, podría reformularse diciendo que el tema de la unidad tiene prioridad conceptual sobre el tema de la identidad. Dicho de otro modo, los juristas suelen pensar que en un Estado, en un momento dado, está vigente un único sistema jurídico. Por tanto, antes de establecer el criterio de pertenencia

dejando de lado, por ejemplo, cualquier especulación sobre órdenes jurídicos diseñados por teóricos, si no han adquirido vigencia en una comunidad ordenada políticamente.

de las normas (identidad) hay que resolver el problema de si se trata de un único Estado, es decir, es menester tener un criterio de unidad.

6. Criterio formal o material

La exposición de cada uno de los criterios de identidad que voy a analizar sigue en cada caso el mismo esquema. En primer lugar, procederé a una reconstrucción del pensamiento del autor que sirve de modelo, en la que sólo tendré en cuenta aquello indispensable para no caer en distorsiones y comprender el criterio propuesto. En segundo lugar, reconstruiré este criterio de identidad. Por último, mostraré las posibles insuficiencias del mismo.

Es importante subrayar que el hilo conductor entre los distintos criterios de identidad reconstruidos es la mayor o menor formalidad de los mismos. Puesto que la tesis que aquí se sostiene es que no es posible dar cuenta de la problemática que plantea la identidad del orden jurídico partiendo de postulados meramente formales, puede resultar coherente que el orden en la exposición de las teorías de los distintos autores no obedezca a una razón cronológica, sino temática: de mayor a menor formalidad en los criterios de identidad.

No obstante, el término «formal» es notoriamente ambiguo. Se pueden mencionar al menos tres conceptos de «formal», los cuales, a su vez, resultan ser vagos. Así, cabe clasificar de más a menos formalistas los criterios de identidad en función de tres continuos formal-material:

1. Un criterio de identidad puede llamarse «formal», si otorga mayor relevancia a la satisfacción del procedimiento de creación de

normas que al contenido de las mismas. Cuanta más importancia se dé al procedimiento, el criterio será más formal; mientras que si se presta mayor atención a la relevancia del contenido, será más material. Digo «relevancia» del contenido, porque está claro que el procedimiento de creación de normas también está regulado en el *contenido* de alguna norma. El elemento que hay que tener en cuenta para establecer la distinción aquí propuesta es que mientras un criterio formal atiende más a la legalidad o ilegalidad del cambio (si se ha cumplido o no con el procedimiento establecido), un criterio material tiene en cuenta la *importancia* de la norma que cambia con independencia de que la variación se haya producido siguiendo o no el procedimiento establecido.

2. El criterio también puede ser «formal» o «material» en relación al principio que lo sustente. Es más formal un criterio basado en el principio de origen normativo que el principio de origen factual. Aquí «formal» se identifica con «normativo», mientras que «material» se identifica con «factual». El criterio formal es el que tiene en su base una norma; el criterio material, el que está basado en un hecho. Para ser más precisos, el criterio formal toma en consideración normas y hechos calificados por normas, mientras que el criterio material sólo tiene en cuenta hechos puros. Por ello, consideraré más formal un criterio basado en el principio de origen normativo que otro sustentado en el principio de aceptación o reconocimiento de normas.

3. Por último, un criterio de identidad será «formal» si es un criterio jurídico autónomo y «material» si es heterónimo. Un criterio de identidad será jurídicamente autónomo cuando pretenda establecer el momento del comienzo y el de la desaparición de un orden jurídico

únicamente a partir de criterios jurídicos; será heterónomo si considera que tales eventos no pueden ser felizmente explicados sin hacer referencia a consideraciones sociales y políticas.

La delimitación de estos tres continuos permite establecer comparaciones entre los criterios de identidad de cada modelo.

Se impone una última observación. Alguien podría objetar que los autores que voy a tratar (en especial Kelsen, Hart y Austin) nunca se plantearon tales problemas, y, por ello, sería una distorsión de sus doctrinas atribuirles respuestas a cuestiones sobre las cuales ni siquiera tenían intención de preguntarse. Frente a esta posible objeción debo decir lo siguiente. En efecto, ni Kelsen, ni Hart, ni Austin tuvieron intención de contestar las preguntas que sobre la identidad aquí se formulan. Pero de ahí no se infiere que sus teorías no incluyeran respuestas a tales preguntas. En este sentido, cabe afirmar que la teoría de cualquier autor se compone de dos partes:

- Parte explícita. Consta de todas aquellas proposiciones que el autor en cuestión ha sostenido explícitamente.

- Parte implícita. Consta de todas aquellas proposiciones que se derivan lógicamente de las que el autor ha mantenido de forma explícita.

Habida cuenta de esta distinción, creo que no se distorsiona la teoría de un autor si se interpretan como suyas ciertas proposiciones que, a pesar de que jamás las formuló explícitamente, son *coherentes* con su propio entramado teórico.

Hechas las anteriores observaciones, paso a exponer los criterios de identidad propuestos por Kelsen, Hart, Austin y Raz. Una vez puestas de manifiesto las insuficiencias de los criterios «formales»

realizaré, en la Segunda Parte, una propuesta de reducción parcial de la teoría del derecho, para, basándome en los avances de la teoría política contemporánea, intentar aportar criterios «materiales» de identidad indispensables para responder a las cuestiones planteadas.

Capítulo II: El criterio de la constitucionalidad: Hans Kelsen

A los efectos del presente trabajo no es necesario reconstruir todo el pensamiento de Kelsen. Bastará con hacer referencia a algunas cuestiones centrales del mismo, que ayuden a enmarcar adecuadamente su posición respecto a los problemas de identidad del orden jurídico.

Según Kelsen, un sistema jurídico es el conjunto de todas las normas creadas mediante el ejercicio de facultades conferidas directa o indirectamente por una norma básica. En sus propias palabras: «Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundamental, 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»²³.

De lo cual se desprende que el criterio de identidad propuesto por Kelsen habrá de buscarse a través del análisis del concepto de norma básica y del concepto de cadena de validez²⁴.

1. Norma básica y cadena de validez

²³ KELSEN, H.: *La teoría pura del Derecho*, tr. cast. de Roberto Vernengo de la segunda edición, México, UNAM, 1986, p. 202.

²⁴ La expresión «cadena de validez» no es de Kelsen, sino de Raz, pero lo que ella denota está perfectamente reflejado en los escritos kelsenianos. Von Wright ha hablado, en este sentido, de «cadena de subordinación» (Cfr. WRIGHT, G.H. VON: *Norma y acción. Una investigación lógica*, tr. cast. de Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979, p. 203 y ss.).

Sabido es que el concepto de norma básica ocupa un lugar muy destacado en la teoría jurídica kelseniana. Salvo en sus últimos escritos en los que parece incluso abandonar la idea misma de norma básica²⁵, sería difícil hallar un texto de Kelsen en el que no se insista en la importancia que tiene este concepto para su doctrina. Este no es lugar, sin embargo, para hacer un estudio detallado de la norma básica ni dar cuenta de la multitud de interpretaciones que ha recibido. En lo que sigue tan sólo se prestará atención a las funciones, formulación y contenido de la misma, así como al papel que juega en relación a la cadena de validez. Es de esperar que el análisis de estas cuestiones permita reconstruir adecuadamente el criterio de identidad del orden jurídico mantenido por Kelsen y, al mismo tiempo, constituya una base suficiente para sustentar las críticas al mismo.

Para la doctrina de Kelsen, la existencia de una norma básica es una necesidad epistemológica. En terminología que Kelsen toma prestada de Kant, la norma básica es un presupuesto lógico-trascendental. Para entender adecuadamente esta cuestión es preciso detenerse en las funciones que cumple dicha norma.

A) Funciones de la norma básica: unidad y normatividad del orden jurídico

Kelsen introduce el concepto de norma básica porque lo considera necesario para explicación la *unidad y normatividad* de los

²⁵ Cfr. CALSAMIGLIA, A.: *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1977. De todos modos, esta es una cuestión aún discutida entre los estudiosos de Kelsen.

órdenes jurídicos. Lo que tienen en común distintas normas básicas no es su respectivo contenido, sino el hecho de cumplir ambas funciones.

Respecto a la unidad, Kelsen afirma: «Esta norma básica es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden»²⁶. Este punto será retomado más adelante.

Por lo que hace a la normatividad, hay que empezar por establecer la distinción entre lo que Kelsen llama el principio estático y el principio dinámico²⁷. Ambos principios se diferencian entre sí atendiendo al distinto fundamento de validez que presuponen. Hay que advertir que a pesar de que el término «validez» pueda tener varios sentidos (como obligatoriedad o como pertenencia a un sistema jurídico)²⁸, Kelsen parece creer que son coextensivos: toda norma obligatoria pertenecería a un sistema y toda norma que pertenece a un sistema sería obligatoria. Esta sería la explicación del porqué usa el mismo término para los dos conceptos²⁹.

²⁶ KELSEN, H.: *La teoría pura del Derecho*, cit., p. 202.

²⁷Para un análisis detallado de esta dicotomía y de los problemas que plantea, cfr. el volumen colectivo *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, edición a cargo de GIANFORMAGGIO, L., Torino, Giappichelli, 1991.

²⁸Sobre la ambigüedad del término «validez», cfr. WRIGHT, G.H. VON: *Norma y acción. Una investigación lógica*, cit., pp. 200-207; ROSS, A.: «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural», tr. cast de G. R. Carrió y O. Paschero, in *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, esp. pp. 25-26; HARRIS, J.W.: «When and why does the Grundnorm change?», *Cambridge Law Journal*, 29 (1), Abril 1971, pp. 103-133 (pp. 112-114); NINO, C.S.: *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, esp. pp.7-28.

²⁹Cfr. BULYGIN, E.: «Validez y positivismo», in ALCHOURRON, C.E.; BULYGIN, E.: *Análisis lógico y derecho*, cit., pp. 512 y ss; NINO, C.S.: «El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen», ahora in *La validez del derecho*, cit., p. 7 y ss.

De acuerdo con el principio estático, las normas de un determinado sistema normativo son válidas por su contenido³⁰. En este sentido, la norma básica presta tanto el fundamento de validez, como el contenido de las normas inferidas de ella mediante una operación lógica. Es decir, por un lado, hace que la conducta humana determinada por las normas inferidas sea vista como debida (validez como obligatoriedad), y, por otro, las dota de contenido a través de una inferencia lógica de lo general a lo particular.

Pero si se adopta la perspectiva dinámica, la norma básica ya no proporciona contenidos, puesto que no contiene otra cosa que una regla que establece cómo deben producirse las normas del sistema sustentado por ella: «Una norma pertenece al orden sustentado en semejante norma básica, en tanto ha sido producida en la manera determinada por la norma básica, y no por tener determinado contenido»³¹. Desde esta perspectiva, la norma básica únicamente provee el fundamento de validez (aunque aquí ya se mezclan los conceptos de validez como obligatoriedad, con el de validez como pertenencia a un sistema normativo).

La importancia de ambos principios parece equilibrarse, por ejemplo, en los sistemas normativos religiosos. En cambio, en los sistemas normativos *jurídicos* el principio dinámico tiene mayor peso. Es decir, según Kelsen, una norma jurídica no es válida por tener un

³⁰ Sin embargo, Opalek apunta que si Kelsen abandona la idea de que se den relaciones lógicas entre normas (y eso es lo que hace explícitamente en sus últimos escritos. Vid. correspondencia Kelsen/Klug en KELSEN, H., KLUG, U.: *Normas jurídicas y análisis lógico*, Madrid, C.E.C., 1988), difícilmente puede seguir manteniendo que el derecho sea un sistema normativo.

contenido determinado deducido lógicamente de una norma básica, sino por haber sido producida de la manera que, en último término, ésta determina. Así, la norma básica no es una norma material, entendiendo por tal aquella que, por considerarse inmediatamente evidente su contenido, se presupone como una norma suprema, a partir de la cual se derivan deductivamente normas de comportamiento humano. Más bien, consiste en el punto de partida del proceso de producción del derecho positivo. En palabras del autor: «la última hipótesis del positivismo es la norma que autoriza al primer legislador histórico. Toda la función de esta norma fundante básica es conferir una facultad jurídico creadora al acto del primer legislador y a todos los otros actos que se basan en el primero»³².

Así, pues, las normas de un sistema jurídico tienen que ser producidas mediante un acto de imposición, son normas impuestas, positivas. La norma básica, en cambio, es presupuesta. De ahí que Kelsen afirme que se trata de un presupuesto lógico-trascendental y una necesidad epistemológica de su construcción.

Para mostrar este último extremo, emplea dos argumentos que pueden conectarse respectivamente con las funciones de unidad y normatividad asignadas a la norma básica. Lo interesante de estas cuestiones en esta sede es que de ellas deriva el criterio de identidad propuesto por Kelsen y el papel que en él juega la norma básica.

³¹ KELSEN, H.: *La teoría pura del Derecho*, cit., p. 204.

³² KELSEN, H.: *Teoría general del Derecho y del Estado*, tr. cast. de Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1979, pp. 136-7.

La función de unidad del orden jurídico queda reflejada en estos dos axiomas:

1. Dos normas jurídicas, una de las cuales autoriza, directa o indirectamente, la creación de la otra, pertenecen necesariamente, al mismo orden jurídico. De lo que se sigue que si una norma autoriza la creación de otra, o si ambas son autorizadas por una tercera, entonces ambas pertenecen al mismo orden jurídico. O, precisando en virtud de lo dicho en el primer capítulo, ambas pertenecen a sistemas jurídicos, los cuales, a pesar de que puedan ser distintos, pertenecen al mismo orden jurídico.

2. Todas las normas de un orden jurídico (o de los sistemas que a él pertenecen) están autorizadas 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 la creación de ambas ³³.

Para los fines de la presente investigación es preciso subrayar que puesto que el criterio kelseniano de identidad de los órdenes jurídicos depende de la verdad del segundo postulado, depende también de la teoría de la norma básica.

Para mostrar la necesidad lógica de una norma básica en cada orden jurídico, Kelsen emplea un argumento ligado al concepto de cadena de validez, mediante el cual se propone mostrar que únicamente la norma básica puede explicar la normatividad del derecho.

³³ La formulación de estos postulados está tomada básicamente de Raz. Cfr. RAZ, J.: «La teoría de Kelsen de la norma fundamental», in *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, cit., pp. 158-9.

B) La cadena de validez

El punto de partida es la separación radical entre el «ser» y el «deber ser». Las normas son creadas por actos humanos, pero los actos humanos son hechos y pertenecen al reino del «ser», mientras que las normas pertenecen al «deber ser». Esta dicotomía implica el principio de autonomía de las normas, es decir, las normas existen sólo si son autorizadas (principio dinámico) o están implicadas (principio estático) por otras normas. Y la autonomía de las normas jurídicas está asegurada por el hecho de que todas ellas constituyen eslabones de una cadena de validez.

A pesar de no utilizar explícitamente la expresión, Kelsen ha desarrollado lo esencial del concepto de cadena de validez en diversos lugares. Sirva, por todas, la siguiente formulación. Kelsen empieza preguntándose por qué vale (tiene fuerza obligatoria) una norma individual (una sentencia judicial). Su respuesta es que esa norma individual fue dictada en aplicación del código penal. Y así se puede continuar:

Si se preguntara por el fundamento de validez de ese código penal, se obtendría la respuesta: (...) vale por haber sido promulgado por un organismo legislativo, facultado por una norma de la constitución del Estado, a imponer normas generales. (...) Si se pregunta por el fundamento de validez de las normas que regulan la producción de normas generales, (...) se llegaría quizás a una constitución del Estado más antigua. (...) Y así se continuaría hasta llegar por fin a una primera constitución histórica del Estado (...), cuya validez no puede ser referida a

una norma positiva implantada por una autoridad jurídica, (...) [sino a] una norma *presupuesta*: (...) la norma fundante básica ³⁴.

De esta manera, aunque cada norma es creada por actos humanos, su validez no deriva del acto sino de otra norma que autoriza su creación. Para evitar el regreso al infinito, es indispensable un último eslabón. Este último eslabón no puede ser una norma positiva, puesto que siempre podríamos preguntar acerca del fundamento de su validez. Por tanto, según Kelsen, sólo una norma no positiva puede ser la norma última de un orden jurídico, ya que es la única que no presupone otra norma de la cual derive su normatividad. Esta norma no positiva es la norma básica.

Cabe, pues, afirmar que una cadena de validez es un conjunto de todas aquellas normas tales que:

1. Cada una de ellas autoriza la creación de una de las otras normas del conjunto, con excepción al menos de una, la cual no autoriza la creación de ninguna norma (norma individual en la terminología kelseniana); y

2. La creación de cada una de ellas está autorizada por una norma de ese conjunto, con excepción de una norma cuya creación no se encuentra autorizada por ninguna norma de la cadena (norma básica).

Hay que decir algo más acerca del concepto de cadena de validez que propone Kelsen. Según esta concepción:

³⁴ KELSEN, H.: *La teoría pura del Derecho*, cit., p. 207-8. Cfr. también KELSEN, H.: *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit. p. 135.

1. Hay al menos una norma común en dos cadenas de validez que pertenezcan a sistemas del mismo orden jurídico.

2. Existe una norma que es parte de todas las cadenas de validez de un orden.

3. En todo orden jurídico la norma que pertenece a todas las cadenas de validez del mismo es la norma básica, la cual supone el punto final de todas las cadenas.

Por ello puede afirmarse que la idea de cadena de validez es central para la solución que da Kelsen a los problemas de normatividad y unidad del orden jurídico. Dos normas pertenecen a una misma cadena de validez si una autoriza la otra o si existe una tercera que autorice a ambas. La *unidad* del orden jurídico consiste en el hecho de que todas las normas jurídicas de una cadena de validez son parte de sistemas del mismo orden (validez como pertenencia). La *normatividad* de las normas jurídicas se encuentra asegurada por el hecho de que cada una de las normas de una cadena deriva su validez (validez como obligatoriedad) de otra que le precede. La norma básica según Kelsen, es esencial para la solución de ambos problemas: proporciona el punto de partida no fáctico, fundamental para la explicación de la normatividad y ofrece un criterio para saber cuándo normas jurídicas de distintas cadenas de validez pertenecen a algún sistema jurídico del mismo orden jurídico.

En definitiva, la norma básica cumple la función de una norma independiente ³⁵, necesaria en toda elaboración de un concepto de sistema jurídico; funda sin ser fundada y es un presupuesto gnoseológico

³⁵ La terminología es de Caracciolo. Cfr. CARACCILO, R.: *Sistema jurídico. Problemas actuales*, cit., pp. 31 y ss.

que permite «pensar» el derecho no como la sucesión de normas aisladas, sino como un conjunto normativo unitario. Sin embargo, como habrá ocasión de comprobar, esta ambivalencia de la norma básica origina importantes dificultades.

C) Contenido y formulación de la norma básica

Vistas las funciones que Kelsen asigna a su norma básica, hay que responder someramente a la pregunta acerca de su contenido y formulación.

En relación a la determinación del contenido de la norma básica, Kelsen ha dicho lo siguiente: «el contenido de la norma básica está determinado por los hechos a través de los cuales un orden es creado y aplicado»³⁶. Esto, como se verá más adelante, es fuente también de algunos problemas.

Por lo pronto, si la norma básica se limita a decir «Hay que comportarse como la constitución prescribe», podría pensarse que su contenido es el mismo para todos los órdenes jurídicos; en este caso, sería difícil especificar dos normas básicas «distintas» que fundamentan dos órdenes «distintos». Si, por el contrario, su contenido está determinado por los hechos propios de cada acto de creación de un sistema positivo de normas, entonces no se comprende excesivamente su carácter de categoría kantiana³⁷.

³⁶ KELSEN, H.: *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., p. 141.

³⁷Cfr. BULYGIN, E.: «Sobre el fundamento de validez», *Notas de filosofía del derecho*, I, nº 2, pp. 23-33.

En todo caso, dada la ambivalencia de la norma básica, su formulación dependerá de que la misma se entienda como una norma o como una proposición acerca de una norma.

En el primer caso, como se trata de la norma básica de un orden jurídico y, según Kelsen, el orden jurídico es aquel que estatuye actos coactivos, el enunciado que describe esa norma rezaría: «los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y en la manera que estatuyen la primera constitución histórica del Estado y las normas impuestas de conformidad con ella (de forma abreviada: uno debe comportarse como la constitución lo prescribe)»³⁸. Si es así, la norma básica pertenece al orden jurídico (o a los sistemas del mismo).

En el segundo caso, puede entenderse que la norma básica es una proposición acerca del sistema y no una norma del mismo. Consistiría en una regla conceptual que suministra el criterio de pertenencia de cada constitución respecto a su sistema jurídico. Pero, una vez descartada la posibilidad de que la norma básica pertenezca al sistema, la propiedad que defina el criterio genérico que permite determinar las normas independientes de una clase de sistemas normativos, puede hallarse en la eficacia. En este sentido, la formulación de la norma básica podría ser: «la constitución *C* pertenece al sistema *S* si, y sólo si, es eficaz», porque eliminada la norma básica del sistema, la eficacia no es sólo condición necesaria de pertenencia de *C*, sino también suficiente³⁹.

Preguntarse, entonces, cuándo cambia la norma básica obtendría una respuesta parecida a la que ha dado Harris: «La norma

³⁸ KELSEN, H.: *La teoría pura del Derecho*, cit., p. 208.

básica cambia cuando las normas jurídicas efectivas dentro de un territorio cambian de tal modo que un estudioso del derecho (*legal scientist*) únicamente puede interpretarlas como una esfera de significado lógicamente consistente presuponiendo una nueva norma básica que haga referencia a nuevas fuentes del derecho»⁴⁰.

Llegados a este punto, no estará de más intentar aclarar la relación entre validez y eficacia en la teoría kelseniana.

D) Validez y eficacia

La cadena de validez es empleada por Kelsen para mostrar la necesidad de una norma básica que cumpla la función de unidad y normatividad de un sistema y de un orden jurídico. Se trata, como queda dicho, de una necesidad epistemológica. La norma básica pretende ser, en este sentido, similar a la condición lógico-transcendental kantiana de toda interpretación normativa de ciertos hechos.

Pero, junto a esta formulación epistemológica del concepto de sistema, Kelsen establece una versión ontológica del mismo⁴¹. Las normas jurídicas «existen», esto es, son válidas en la medida en que la ciencia del derecho se refiera a ellas mediante sus proposiciones, una vez presupuesta una norma básica. Lo cual es una consecuencia de haber adoptado la versión de Kant acerca del conocimiento. Pero esta existencia, en tanto normativa, es diferente de las conductas en que

³⁹ Cfr. CARACCIOLO, R.: *Sistema jurídico. Problemas actuales*, cit., p. 41.

⁴⁰ HARRIS, J.W.: «When and why does the Grundnorm change?», cit. p. 132.

⁴¹ Recordar lo dicho supra Capítulo I, 1.

consisten la creación y aplicación de las normas, con las que, sin embargo, tendrán que estar relacionadas si las mismas van a ser relevantes respecto a estas conductas. La relación⁴² entre ambas «existencias», entre la validez y la puramente fáctica de aquellos actos, viene formulada por Kelsen a través de la exigencia impuesta a la ciencia jurídica para que se presuponga una norma básica para una constitución determinada únicamente en el caso de que tal constitución sea *eficaz*: «Puesto que un mínimo de eficacia es una condición de la validez, la norma básica sólo se refiere a una constitución eficaz. Una constitución es eficaz si las normas creadas de acuerdo con ellas son, por lo general, aplicadas y obedecidas»⁴³.

Por consiguiente, como afirma Conte, la validez (existencia) de la norma básica es asumida como hipótesis sólo en el caso de que el orden jurídico a que se refiere sea efectivo, lo cual significa que no puede pensarse una norma básica que no se refiera, en su propio contenido, a alguna constitución determinada⁴⁴. Puesto que «validez» y «eficacia» no significan lo mismo, la relación entre la validez de una constitución y su eficacia puede entenderse en el sentido de que esta última indica una condición necesaria pero no suficiente de validez, establecida a través de la categoría epistemológica en que consiste la norma básica

⁴² En puridad, habría que decir «las relaciones», puesto que, como queda dicho, ni el concepto de validez ni el de existencia son unívocos. Cfr. BULYGIN, E.: «Validez y positivismo», cit. pp. 508-510.

⁴³ KELSEN, H.: «Der Begriff der Rechtsordnung», *Logique et Analyse*, vol. 3/4, 1958; tr. cast.: «El concepto de orden jurídico», in *Contribuciones a la teoría pura del Derecho*, México, Fontamara, 1991, p. 98.

⁴⁴ CONTE, A.: «Norma fondamentale», *Novissimo Digesto Italiano*, 11, p. 328.

presupuesta⁴⁵. La validez de un sistema depende, entonces, de su eficacia, porque sólo en el caso de que sea eficaz cabe pensarlo como sistema, es decir, presuponer respecto a él, una norma básica. Por supuesto que todas estas observaciones tienen sentido si se inquiere acerca de órdenes jurídicos que han adquirido alguna existencia distinta de la llamada por Bulygin «formal»⁴⁶. Más adelante volveré críticamente sobre este tema⁴⁷.

E) Derecho nacional y Derecho internacional

⁴⁵El papel que juega la eficacia en Kelsen es confuso. Precisamente esta circunstancia ha posibilitado a Hughes distinguir en *La Teoría Pura del derecho* un concepto débil y otro fuerte de norma básica. Cfr. HUGHES, G.: «Validity and the Basic Norm», *California Law Review*, 59, 1971, pp 695-714 (esp. pp. 699-703).

⁴⁶La existencia «formal» viene a ser la noción básica de existencia de las normas, en el sentido de que las demás la presuponen. Cfr. BULYGIN, E.: «Validez y positivismo», cit. pp. 510-511: negativamente, se da en aquellos casos en que las normas no son ni aceptadas ni eficaces, no pertenecen al sistema normativo en cuestión y no son consideradas obligatorias. Positivamente, tales normas existen «o bien cuando han sido formuladas por alguien (que no necesita ser autoridad jurídica), o bien si son consecuencias lógicas de normas formuladas. Un caso típico es un proyecto de ley que no ha sido todavía promulgado». Por supuesto, como dice el propio Bulygin «sólo si estamos interesados en el orden jurídico que es usado de hecho en algún lugar, vamos a exigir que sus normas primitivas [constitución originaria en el sentido de Kelsen] tengan existencia fáctica». Pero resulta ser que los juristas normalmente se interesan por órdenes jurídicos fácticamente existentes (en los distintos sentidos que pueda darse a tal expresión: «eficacia» en Kelsen, «vigencia» en Ross, «aceptación» en Hart). Y precisamente esta es una de las razones por las que no resulta enteramente satisfactoria la propuesta de Bulygin de usar la expresión «constitución originaria» de un determinado orden jurídico sin tener en cuenta si se trata o no de la constitución vigente (Cfr. BULYGIN, E.: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», cit., pp. 263-264). Tampoco resulta satisfactoria esta propuesta de Bulygin por las dificultades que plantea en relación al llamado problema de recepción de normas (Cfr. MORESO, J.J.; NAVARRO, P.E.; REDONDO, M.C.: «Recepción de normas y persistencia del derecho», inédito).

⁴⁷Cfr. infra, 3), A), c) del presente capítulo.

La teoría kelseniana adquiere un mayor grado de complejidad cuando, a partir de su propia construcción, pretende dar cuenta del denominado Derecho internacional y de su relación con los llamados Derechos nacionales. Kelsen distingue entre dos tipos de órdenes jurídicos. Unos, que son centralizados, es decir, que para la creación y aplicación de sus normas establecen órganos entre los que se dividen las funciones legislativa, judicial y administrativa. Otros, que son descentralizados, en el sentido de que no cuentan con tales órganos, ya que sus normas son creadas por vía consuetudinaria y son aplicadas por los propios sujetos normativos. El Estado sería un orden jurídico centralizado, mientras que el derecho internacional sería un orden jurídico descentralizado.

Al existir una pluralidad de Estados, esto es, de órdenes jurídicos estatales (Derechos nacionales), es lícito preguntarse qué relación existe entre ellos, por una parte, y entre ellos y el orden jurídico internacional (Derecho internacional), por otra.

Kelsen parte de la idea de que la relación de los Estados entre sí está determinada por el Derecho internacional, por lo que habrá que investigar, ante todo, la relación existente entre los Derechos nacionales y el orden jurídico internacional.

El autor trata esta última cuestión como un simple caso especial de las relaciones entre dos órdenes normativos. El punto de partida de su razonamiento es el siguiente:

(...) dos normas que se contradicen, esto es, que ordenan comportamientos opuestos, no pueden ser consideradas simultáneamente

como válidas, y dado que sólo las normas que tienen el mismo fundamento de validez y, por lo tanto, constituyen una unidad, un orden normativo, un sistema de normas, no pueden contradecirse, no pueden estar en conflicto, dos ordenamientos normativos que no tienen el mismo fundamento de validez no pueden ser considerados simultáneamente como válidos⁴⁸.

Por ello, dos órdenes normativos de tipo dinámico únicamente podrán considerarse válidos al mismo tiempo, si tienen el mismo fundamento de validez, la misma norma básica. Si esto es así, la relación recíproca entre ambos órdenes sólo puede estructurarse de una de las siguientes dos maneras: o bien un orden está subordinado al otro porque este último contiene una norma que es el fundamento de validez del primero, o bien ambos están recíprocamente ordenados en un plano de igualdad. En este último caso, dadas las anteriores premisas, los ámbitos de validez respectivos tienen que estar delimitados de modo que no puedan entrar en conflicto. Pero esto ya presupone —siguiendo el razonamiento— un tercer orden superior que contenga una norma que fundamente la validez de ambos, que limite sus ámbitos de validez y los coordine. Aquí, la norma básica de este tercer orden sería el último fundamento de validez de los órdenes inferiores.

Este razonamiento es utilizado por el autor para negar la virtualidad de una construcción «dualista», que sostenga que el Derecho

⁴⁸ KELSEN, H.: «El concepto de orden jurídico», cit., p. 105. Hay que advertir que Kelsen ha variado su posición en *General Theory of Norms*, Oxford, Clarendon Press, 1991 (la 1ª ed., póstuma, en alemán data de 1979).

internacional y el Derecho nacional son simultáneamente válidos pero que como son órdenes jurídicos distintos, cuya validez es recíprocamente independiente, pueden existir y existen entre ellos conflictos insolubles. A este tipo de construcción, Kelsen opone su visión a la que llama «monista»⁴⁹, que admite dos variantes posibles, ambas perfectamente coherentes con sus postulados:

- Primacía del Derecho nacional.- Si se parte de la validez de un Derecho nacional, hay que responder a la cuestión de saber cuál es el fundamento de validez del Derecho internacional. En este caso, tal fundamento sólo puede estar situado en el Derecho nacional, que es el punto de partida de la construcción. La respuesta, según Kelsen, sería que el Derecho internacional vale para un Estado, porque es reconocido por ese Estado por medio de un acto establecido de acuerdo con el Derecho nacional (la constitución, por ejemplo). El fundamento de validez del Derecho internacional es, por tanto, la norma básica de ese Derecho nacional. De este modo Kelsen establece la unidad del Derecho internacional y del Derecho nacional sobre la base de la primacía de este último.

- Primacía del Derecho internacional.- Si se considera el Derecho internacional como jurídicamente válido, se puede partir también del Derecho internacional. Entonces, la cuestión que se plantea es la de fundamentar desde ese punto de vista la validez del Derecho nacional. El fundamento, en este caso, debe hallarse en el Derecho internacional.

En concreto, cobrará aquí relevancia el principio de efectividad, que juega un papel tan decisivo en derecho internacional. Así, un Estado

⁴⁹ Para el desarrollo de esta posición, cfr. KELSEN, H.: *La teoría pura del Derecho*, cit., pp. 330-348.

será tal desde la perspectiva del Derecho internacional si el orden normativo en que aquél consiste es eficaz. Dicho en palabras de Kelsen:

El derecho internacional positivo determina que las personas han de ser consideradas como gobierno de un Estado si son independientes de otros gobiernos del mismo tipo y son capaces de procurar para el orden normativo, en virtud del cual ellas funcionan, obediencia duradera por parte de los hombres cuyo comportamiento regula ese orden; esto es, si este orden normativo relativamente centralizado, subordinado solamente al derecho internacional es, por lo general, eficaz, sin que interese de qué manera han llegado a su posición los hombres que hacen las veces de órganos del gobierno⁵⁰.

Es de destacar la importancia de este punto para el tema aquí tratado ya que esta posición tiene consecuencias respecto a la determinación del comienzo y el fin de la existencia de un Estado. Según lo que se acaba de ver, la validez jurídica de un orden estatal se rige de acuerdo con el principio de efectividad. Por eso, el surgimiento y la desaparición de un Estado se presenta, desde este punto de vista, de forma semejante a la constitución y disolución de una corporación, de una persona jurídica, en el ámbito del derecho estatal.

La diferencia entre estas dos posibles construcciones «monistas» estriba, pues, en el distinto fundamento de validez del orden internacional, y no en un distinto contenido. Según la teoría de la primacía del derecho estatal, el fundamento del derecho internacional es la norma

básica según la cual el establecimiento de la primera constitución histórica del Estado, cuyo orden constituye el punto de partida de la construcción, es un acto creador de derecho. Según la teoría de la primacía del Derecho internacional, su fundamento de validez es la norma básica según la cual la costumbre de los Estados es un hecho creador de derecho. Según Kelsen, ambas versiones son correctas y la elección entre ellas obedece más a criterios políticos que estrictamente científicos. Sin embargo, como se verá más adelante, tales construcciones no se hallan exentas de problemas.

2. El criterio de la constitucionalidad

Una vez visto lo anterior, puede afirmarse que los conceptos de norma básica y de cadena de validez son combinados por Kelsen para resolver los problemas de identidad. A ello hay que añadir los problemas que plantean las relaciones entre validez y eficacia, por un lado, y Derecho nacional e internacional, por otro. Dicho esto, es posible formular la posición de Kelsen en torno al tema de la identidad del orden jurídico antes de pasar a ver sus insuficiencias.

El criterio de identidad mantenido por Kelsen puede ser llamado «criterio de la constitucionalidad» y debe entenderse de este modo: dos sistemas *S1* y *S2* pertenecen al mismo orden jurídico si, y sólo si, la creación de todas las normas de *S2* que no son idénticas a las normas de *S1* fueron autorizadas por las normas jurídicas de *S1*. Se entiende que la creación de una norma es autorizada por otra si los actos creadores de

⁵⁰ KELSEN, H.: «El concepto de orden jurídico», cit., p. 110.

derecho que crean la primera corresponden al ejercicio de facultades legislativas conferidas por la segunda o por otra norma cuya creación es autorizada por la segunda.

El criterio de la constitucionalidad, tal como se acaba de exponer, viene matizado por Kelsen cuando introduce la figura de la llamada «cláusula alternativa tácita».

Este recurso aparece en Kelsen como solución al problema de las contradicciones normativas entre normas con distinto grado jerárquico. La posición de Kelsen al respecto es negar precisamente que puedan darse tales contradicciones. Para él, «la afirmación de que una ley válida es "inconstitucional" constituye una *contradictio in adjecto*»⁵¹. Sin embargo, no puede obviar el hecho de que en la práctica diaria del derecho se tilde a ciertas normas jurídicas de inconstitucionales y, a pesar de ello, se las considere «válidas». Frente a esta práctica, Kelsen elabora la siguiente respuesta:

La constitución faculta al legislador a producir normas jurídicas generales también en un procedimiento distinto del determinado directamente por las normas de la constitución, dándoles otro contenido del que determinen directamente las normas constitucionales. Estas normas de la constitución formulan sólo una de las dos posibilidades que la constitución crea. La otra posibilidad es creada por la constitución al no delegar en ningún otro órgano, salvo el legislativo, la decisión sobre la cuestión de si una ley promulgada por ese órgano es una ley en sentido constitucional. Las disposiciones constitucionales que regulan la

legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas. La constitución contiene una regulación directa y una indirecta, de la legislación, teniendo el órgano legislativo la elección entre ambas⁵².

Así, pues, el hecho de que una norma permanezca siendo válida a pesar de no adecuarse a las condiciones que expresamente se establecen para su creación (y sea por ello llamada por algunos «inconstitucional» o simplemente «ilegal»), sólo puede explicarse, según Kelsen, mediante la hipótesis de que la norma superior contiene tácitamente una autorización abierta que faculta al órgano en cuestión (aunque en la cita transcrita se hable únicamente del poder legislativo, Kelsen lo hace extensivo a los demás órganos) a dictar normas mediante el procedimiento y el contenido que él determine, aun en contradicción con el texto de la misma. De este modo, toda norma jurídica coincidiría con una norma superior, ya sea con la formulación expresa de ésta última o con la cláusula de habilitación indeterminada. Así, cabría concluir que no hay posibilidad de conflictos entre normas de distinto grado. La diferencia entre ambas alternativas de creación jurídica reside únicamente en que si se elige la segunda, o sea la que tácitamente permite plena autonomía en la elección del procedimiento y el contenido, el órgano se expone a la anulación de las normas que dicta y eventualmente a ser sancionado.

La cláusula alternativa tácita ha recibido varias críticas. Baste citar la más demoledora⁵³. Vernengo ha subrayado que la tesis de Kelsen

⁵¹KELSEN, H.: *La Teoría pura del derecho*, cit., p. 277.

implica suponer que todas las normas del sistema jurídico son tautológicas, puesto que autorizarían una conducta normativa y también su opuesta⁵⁴. Ello supone que el sistema en cuestión no determinaría ninguna pauta de comportamiento: decir «debes hacer *a* o no hacer *a*» no tiene mucho sentido para un sistema normativo que tenga la pretensión de regular las conductas de las personas, como «técnica social específica»⁵⁵.

¿Cómo se explica, pues, que Kelsen haya usado el artificio de la cláusula alternativa tácita de tan perniciosas consecuencias? Bulygin opina que ello es debido a una utilización indistinta de dos conceptos distintos de «validez». Este autor propone distinguir validez de obligatoriedad, estableciendo las siguientes definiciones:

⁵²KELSEN, H.: *La Teoría pura del derecho*, cit., p. 279.

⁵³Para otras críticas, cfr. NINO, C.S.: «El concepto de validez de Kelsen aplicado al problema del conflicto de normas de diferente jerarquía», in *La validez del derecho*, cit., pp. 32-34. No creo que la distinción, propuesta por Paulson, entre autorización formal («wherein authorisation of a lower-order norms flows from de power of the legal organ that creates, applies, or validates that norm») y material («wherein authorisation of a lower-order norm stems from the applicable higher-order norm») elimine los problemas citados en el texto. Cfr. PAULSON, S.L.: «Material and formal authorisation in Kelsen's Pure Theory», *Cambridge Law Journal*, 39 (1), Abril, 1980, pp. 172-193 (las citas en p. 172). Para las críticas al mismo, cfr. MORESO, J.J.: «Sobre normas inconstitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 38, Mayo-Agosto 1993, pp. 98-100.

⁵⁴VERNENGO, R.: «La función sistemática de la norma fundamental», *Revista jurídica de Buenos Aires*, 1960, I-II, p. 17.

⁵⁵Cfr. KELSEN, H.: «El derecho como técnica social específica», in *¿Qué es Justicia?*, ed. y tr. cast. de A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1982, pp. 152-182. Un problema adicional, apuntado por Harris, es el siguiente: si ninguna norma del sistema (con excepción de las normas individuales que ordenan concretos actos de ejecución) puede ser desobedecida, los requisitos de eficacia general del sistema y de eficacia particular de cada norma (que para Kelsen constituye como ya se dijo, condición de validez de uno y otra) dejan de tener sentido: no hay criterio alguno que sirva como medida de tal eficacia. Cfr. HARRIS, J.W.: «Kelsen and Normative Consistency», in TUR, R. y TWINING, W. (eds.): *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 220.

- Una norma es válida si, y sólo si, ha sido dictada por una autoridad competente. Una autoridad normativa es competente para dictar una norma si, y sólo si, existe otra norma superior que permite dictar aquélla. Si se llama «legal» al acto de dictar una norma cuando existe otra norma que permite ese acto, resulta que la validez de una norma equivale a la legalidad de este último.

- Una norma es obligatoria si, y sólo si, las autoridades encargadas de su aplicación tienen el deber, prescrito por una norma, de aplicarla. En particular, una norma general es obligatoria, cuando los jueces tienen el deber de aplicarla, es decir, el deber de usarla para la fundamentación de sus decisiones.

La distinción entre normas válidas e inválidas es relevante, sobre todo, para el problema de la anulación de normas. Las normas inválidas no sólo pueden ser derogadas, sino también anuladas. Pero las normas inválidas son obligatorias mientras no hayan sido anuladas. Por eso, «una ley inconstitucional no deja de serlo por el hecho de que los tribunales se nieguen a declarar su inconstitucionalidad. La validez de una ley consiste en una relación lógica entre ella y la Constitución, y como tal no depende de lo que dicen los jueces»⁵⁶. Aplicado a Kelsen, una ley inconstitucional o una sentencia ilegal es *inválida*, pero es *obligatoria* hasta que no se anule. Como Kelsen engloba en el término «validez», tanto la validez como la obligatoriedad (tal como han sido definidas por Bulygin), tiene que recurrir al artificio de la cláusula alternativa tácita si no

⁵⁶.BULYGIN, E.: «Sentencia judicial y creación del derecho», in ALCHOURRON, C.E.; BULYGIN, E. : *Análisis lógico y derecho*, cit., p. 365.

quiere incurrir en afirmaciones tan contradictorias como «la norma x es válida e inválida al mismo tiempo»⁵⁷.

En mi opinión, la postura mantenida por Kelsen en este punto paga tributo a la aspiración de este autor de hacer compatibles lo que Weyland ha llamado «su deseo de construir un modelo lógicamente coherente de los sistemas jurídicos y su intento de acomodar dentro de este modelo algunos aspectos anómalos de la realidad jurídica»⁵⁸. Por supuesto, el deseo de Kelsen es loable, pero la solución que adopta lo expone a críticas tan contundentes como la que formula Ruiz Manero, para el que la posición de Kelsen en este punto llevaría al «derrumbe de la concepción kelseniana del ordenamiento jurídico como sistema dinámico de normas jerarquizadas»⁵⁹.

Hechas las anteriores precisiones, la constitucionalidad como criterio de identidad del orden jurídico en Kelsen, puede caracterizarse por los siguientes rasgos:

- A) Es un criterio procedimental.
- B) Es un criterio basado en el principio de origen normativo.
- C) Es un criterio jurídico autónomo.

⁵⁷Nino realiza otra interpretación. Según él, «no hay confusión entre dos sentidos de "validez", como sostiene Bulygin, sino que no se toma en cuenta que la validez en el único sentido relevante aquí (como fuerza obligatoria) puede transmitirse de una norma a otra no sólo autorizando el dictado de la última sino también imponiendo el deber de obedecerla» (NINO, C.S.: «El concepto de validez de Kelsen aplicado al problema del conflicto de normas de diferente jerarquía», cit., p. 39).

⁵⁸WEYLAND, I.: «Idealism and Realism in Kelsen's Treatment of Norms Conflicts», in TUR, R. y TWINING, W. (eds.): *Essays on Kelsen*, cit., p. 249.

⁵⁹RUIZ MANERO, J.: *Jurisdicción y normas*, cit., p. 65. Tal vez podría aligerarse la contundencia de esta crítica si se considera que Kelsen está pensando en la solución de la cláusula alternativa tácita sólo para casos

La presencia de tales rasgos, todos ellos formales, tal como los he definido aquí, autorizan a decir que el criterio de la constitucionalidad es enteramente formal.

A) Criterio procedimental

El criterio de la constitucionalidad 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 Kelsen. Lo que hace que se mantenga el mismo orden jurídico es el hecho de que el cambio tenga lugar atendiendo al procedimiento establecido.

Al respecto, Caracciolo pone el ejemplo de dos hipótesis extremas⁶⁰. Una, en que la norma básica *NB* y la constitución *C* a la que aquella se refiere, no se modifican, pero se sustituyen todas las demás normas. Otra, en que *NB* y *C* son sustituidas por otra norma básica *NB'* y por otra constitución *C'*, mientras que el contenido de las demás normas no se modifica. En la primera alternativa, el orden jurídico kelseniano no se altera, no pierde su identidad. En la segunda, se tiene otro orden,

excepcionales. Si en un país se generalizara la actuación «irregular» de los órganos estatales podría llegarse a dudar incluso de que en él estuviera vigente algún sistema jurídico.

⁶⁰Cfr. CARACCILO, R.: *Sistema jurídico. Problemas actuales*, cit., pp. 39-40.

porque aunque el contenido de las normas derivadas sea el mismo es otro el fundamento de su validez.

Pero frente a este ejemplo hipotético alguien podría objetar que la C' también es una norma, con lo cual Kelsen tendría en cuenta al menos el contenido de una norma, seguramente la más importante para él. Precisamente para evitar estas objeciones a la consideración formal del criterio de Kelsen, prefiero hablar de «relevancia» del contenido, en el sentido que ya indiqué. Creo que con ello se describe mejor lo que los juristas habitualmente entienden por cambio de orden jurídico: la variación (aunque sea constitucional) de un sector fundamental del mismo; no la modificación (incluso inconstitucional) de la constitución, si aquella afecta tan sólo a materias sin importancia⁶¹.

En general, pues, para Kelsen el contenido de las normas jurídicas no puede proporcionar un criterio aceptable de identidad del orden jurídico. En este sentido, el criterio es formal, en cuanto «formal» se identifica con procedimental y se opone a «tener en cuenta la relevancia del contenido».

B) Principio de origen normativo

⁶¹Por descontado que aquí la cuestión pasa a ser cuál es el criterio que permite discernir entre la mayor o menor importancia del cambio. La contestación a esta pregunta pasa por construir una tipología ampliamente compartida de regímenes políticos. A través de las propiedades definitorias de los mismos se estará en condiciones de establecer si el cambio es o no fundamental, en el sentido de que conlleva la modificación de alguna de tales propiedades. Para un análisis más detallado de estas cuestiones, remito a la Segunda Parte de este trabajo.

El criterio de identidad propuesto tiene que ver con el origen de las normas. Se trata de la constitucionalidad de la creación de las normas de un sistema jurídico en relación a otro. Por tanto, se trata de un criterio formal, si «formal» aquí se entiende como opuesto a «factual», en el sentido indicado anteriormente. No se contemplan hechos tales como la aceptación o el reconocimiento del orden, ni se tienen en cuenta cuestiones relativas al poder de hecho, sino que el origen de la validez de las normas deriva de una sola norma, que por tanto puede llamarse norma originaria.

Una norma originaria es aquella cuya creación no está autorizada por otra norma. Por eso, la identidad de los órdenes jurídicos presupone que ningún sistema jurídico contiene una norma originaria que no pertenezca también al primer sistema jurídico del mismo orden jurídico. Que esa norma originaria sea la primera constitución histórica o la norma básica en realidad no tiene mayor trascendencia, siempre y cuando se realicen ciertas precisiones.

Así, si la norma básica se interpreta como una norma, ella será la norma originaria. El cambio de la norma básica presupone en todo caso un cambio en la primera constitución histórica. Pero no todo cambio en la constitución da pie a un cambio de norma básica; sólo aquel que suponga un cambio no autorizado por la propia constitución supondrá el cambio de la norma básica y, por tanto, del orden jurídico.

Por otro lado, si la norma básica se interpreta como una regla conceptual, habrá que tomar a la constitución histórica como originaria, sin perjuicio de que un cambio no previsto en la misma suponga también un cambio en la norma básica. Pero, en todo caso, para el tema de la

identidad podría prescindirse de la norma básica. Bulygin opta por esta segunda interpretación y ello le permite afirmar que «no tenemos porque ir más allá de la constitución, puesto que la cadena de derivación dinámica comienza con ella: se trata, por definición, del primer eslabón de esta cadena. Por ende, el problema de pertenencia y de la identidad de un sistema jurídico puede ser solucionado sin recurrir a la norma básica de Kelsen»⁶².

C) Criterio jurídico autónomo

El criterio propuesto por Kelsen supone, en definitiva, un intento de explicar la identidad y, por tanto, los cambios del orden jurídico pura y exclusivamente en virtud de elementos jurídicos. Y esta circunstancia tiene consecuencias respecto a los temas de la extensión y continuidad de los órdenes jurídicos:

- Respecto al problema de la extensión (*scope*) del orden jurídico, el hecho de que la creación de una norma jurídica sea autorizada por una norma jurídica que pertenece a un sistema, perteneciente, a su vez, a un orden jurídico dado, es condición suficiente para que la norma autorizada pertenezca a un sistema del mismo orden jurídico.

- Respecto al problema de la continuidad del orden jurídico, la identidad del orden jurídico se ve afectada por la creación de nuevas normas originarias. Un orden jurídico *O2* sustituirá al orden jurídico *O1*

⁶²BULYGIN, E.: «Validez y positivismo», cit., p. 513. Ya he dicho antes que la definición ostensiva de la constitución originaria tal como la propone este autor plantea problemas, si lo que interesa son órdenes realmente vigentes.

cuando la norma originaria de *O1 (NO1)* se sustituya por la norma originaria de *O2 (NO2)*. La identidad del orden jurídico se mantiene mientras se mantenga la misma norma originaria. Parece, pues, que el cambio en la norma originaria (simplemente cambio de la norma básica o cambio ilegal de la constitución, según la interpretación que se adopte) es condición necesaria y suficiente para que pueda hablarse de cambio en el orden jurídico⁶³.

Estas son las conclusiones a las que se llega después de la reconstrucción del pensamiento de Kelsen sobre los problemas de identidad del orden jurídico.

3. Insuficiencias

Hasta ahora he reconstruido la teoría jurídica de Kelsen, en general, y su criterio de identidad, en particular. He mostrado que la doctrina kelseniana de la identidad del orden jurídico descansa fuertemente en su noción de norma básica, en la cual se fundamenta el criterio de la constitucionalidad. Por eso, a la hora de formular las críticas a este modelo se procederá como sigue: en primer lugar, apuntaré

⁶³Un problema jurídico interesante en esta sede es el relativo a la persistencia del derecho, que puede formularse así: ¿es posible afirmar que las normas de un sistema perteneciente a un orden jurídico *Oj1* persisten en los sistemas de otro orden *Oj2*? Este es el problema que Kelsen trata bajo la rúbrica de «recepción de normas» (KELSEN H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 138 y *La teoría pura del derecho*, cit., p. 218) y Austin como un caso de «adopción tácita» de normas. Bulygin lo resuelve distinguiendo entre pertenencia y aplicabilidad de una norma (Cfr. BULYGIN, E.: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», cit., pp. 266-268). Pero se siguen planteando problemas. Por ello, Moreso y Navarro, a través de la formulación de una «cláusula de persistencia», entienden que las normas de los sistemas del orden reemplazado

algunos de los problemas que plantea la norma básica kelseniana, con lo cual indirectamente se pone en cuestión el criterio de identidad que se sustenta en ella, para con posterioridad formular las críticas que directamente afectan al criterio de la constitucionalidad.

A) Críticas a la norma básica

De entre las críticas que tienen en el punto de mira a la norma básica y que atañen indirectamente al tema de la identidad pueden mencionarse tres. La primera, en relación al carácter de la norma básica; la segunda, relativa a la problemática del Derecho nacional e Internacional; la tercera, el círculo vicioso eficacia-validez en el que se incurre con independencia de cuál sea el carácter atribuido a la norma básica.

a) Carácter de la norma básica

La norma básica kelseniana presenta la dificultad de la interpretación de su carácter. ¿Puede ser una norma algo que es a la vez una hipótesis del pensamiento jurídico?

La confusión proviene de la consideración por parte de Kelsen de las normas y los enunciados que las describen. Tanto una norma como el enunciado que la describe pueden tener la misma formulación lingüística. Debido a lo cual, Kelsen puede afirmar que el enunciado que

pertenecen al sistema originario del nuevo orden jurídico (Cfr. MORESO, J.J.; NAVARRO, P.E.: «Some remarks on the notions of legal order and legal system», cit.).

describe la norma básica puede formularse diciendo «los actos coactivos deben ser establecidos en la forma y bajo las condiciones previstas en la constitución eficaz e históricamente primera y en las normas creadas de conformidad con ella». Pero este enunciado no difiere en nada de la formulación de la presunta norma que, por otra parte, nadie ha creado. Si se admite su condición de enunciado de la ciencia, entonces tal «norma» es metasistemática y se refiere a las condiciones bajo las cuales una constitución determinada puede ser incluida en un determinado sistema, como fundamento del mismo.

De todos modos, caben otras interpretaciones, ya que como tal enunciado metasistemático puede ser pensada como una regla de inferencia a partir de la cual se admitirán las nuevas normas en el sistema⁶⁴; o, también, como una definición del término validez a ser utilizado en las descripciones de la ciencia del derecho. Pero todas estas posibles interpretaciones se compadecen mal con el carácter de categoría lógico-transcendental, necesariamente formal y única para todo el que pretendiera conocer cualquier material normativo, que el mismo autor atribuye a la norma básica.

b) Derecho nacional y Derecho internacional

Si se toma en consideración el Derecho internacional, la norma básica de cada orden estatal es presupuesta como una norma positiva del Derecho internacional. En este caso, la norma básica de un Derecho nacional no es ya una norma pensada, sino el principio de efectividad,

según el cual un grupo de individuos constituyen la autoridad suprema en un territorio cuando logran imponerse por la fuerza, sea ésta fundada o no en la constitución. Que el principio de efectividad constituye la norma suprema significa que los Derechos nacionales están subordinados al Derecho internacional (al menos, en la versión llamada «primacía del derecho internacional»), constituyendo un único «sistema» jurídico⁶⁵.

Así formulada, esta visión plantea un serio problema de ambigüedad. Al introducir el Derecho internacional en el esquema, se genera la ambigüedad que afecta a la expresión «sistema jurídico» y de la que se habló en el primer capítulo del presente trabajo. Con la presencia del Derecho internacional aparece el cuarto nivel en el que se usa la citada expresión. La ambigüedad tal vez puede salvarse a través de las distinciones que hice en su momento: al «sistema jurídico» a este cuarto nivel se le llamó «orden internacional»; al «sistema jurídico» en el tercer nivel, «orden estatal»; al «sistema jurídico» en el segundo nivel, «orden jurídico»; y, por último, se reserva la expresión «sistema jurídico» al primer nivel: conjunto de normas en un momento determinado y en un lugar determinado.

En el caso del orden internacional, entendido como sistema, su identidad se mantiene a pesar de los cambios revolucionarios de la

⁶⁴VERNENGO, R.: «La función sistemática de la norma fundamental», cit., p. 207 y ss.

⁶⁵ Hart critica este postulado de la unidad del orden internacional y el estatal, achacando a la teoría pura del derecho una «obsesión por el contenido» de las normas (lo que las normas dicen), que se evitaría —según él— prestando mayor atención a los hechos que se refieren a la creación y, sobre todo al reconocimiento de las normas. Cfr. HART, H.L.A.: «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law», en MUNITZ, M.K.; KIEFER, H.E. (eds.): *Ethics and Social Justice*, Albany, State Univ. of New York Press, 1968-70, pp. 171-199; tr. cast.: «Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 21, sep.- dic. 1974, pp. 105-140.

primera constitución positiva de un determinado orden jurídico. Mientras que si la identidad se plantea únicamente al nivel del orden estatal y del orden jurídico, éstos cambiarían porque la variación ilegal de la constitución supone un cambio en la norma básica (o, en su caso, en la constitución originaria), en la que se fundamenta su identidad. Dicho de otro modo, dado que la identidad del orden estatal y del orden jurídico depende de la norma básica, si se toma en cuenta el Derecho internacional y se sostiene que la norma básica de cada orden estatal es el principio de efectividad, entonces habría que concluir que cada orden estatal no cambia hasta que no cambia el principio de efectividad. Esto es importante porque muestra que la relevancia de los cambios constitucionales hay que plantearla al margen de la tesis de la primacía del Derecho internacional.

De todos modos, aún teniendo en cuenta la anterior salvedad, los problemas y las perplejidades que implica la noción de norma básica no desaparecen, sino que simplemente se desplazan a aquella que constituye el fundamento de validez del Derecho internacional.

c) El círculo vicioso validez-eficacia

Esta objeción es más grave que las anteriores, puesto que es independiente del carácter que se le atribuya a la norma básica (ya sea axioma normativo o enunciado metasistemático, ya constituya la base del orden estatal o internacional) Así, pues, merece la pena dedicarle una mayor atención.

Como se vio, el contenido de la norma básica tomada como base del orden jurídico *Oj* depende especialmente de cuál sea la constitución de *Oj*. Antes de saber cuál es aquella norma básica es preciso saber cuál es la constitución efectiva de *Oj*. Pero esta constitución sólo es válida en la medida en que se presuponga aquella norma básica.

La cuestión no varía por el hecho de admitir que la norma básica es un enunciado que determina las condiciones que justifican la inclusión de una constitución *C* como fundamento de un orden *O*. Porque, como ya se dijo, esta condición consiste en la eficacia de la constitución *C*. Únicamente bajo este supuesto, *C* podrá ser considerada norma válida en el orden *O*.

Por un lado, dado el carácter dinámico de un orden jurídico, la eficacia de una constitución depende de que los individuos calificados como órganos competentes para crear normas según esa constitución emitan normas válidas. Por consiguiente, si no se han emitido normas de acuerdo con *C* no hay forma de comprobar su eficacia. Por otro lado, la eficacia de *C* es una condición necesaria para que se presuponga respecto a ella una norma básica, a tenor de la cual será la constitución válida de *Oj*. Pero aquellos actos creadores de normas a través de los cuales se demuestra la eficacia de *C* sólo podrán considerarse tales en la medida que se presuponga la validez de la constitución que los autoriza.

Se trata de un razonamiento circular. Así, la constitución no puede servir de fundamento de validez de las normas del sistema, porque su propia validez depende de que tales normas puedan ser consideradas válidas. Al mismo tiempo, tales normas no pueden considerarse

fundamento de validez de la constitución porque sólo son válidas si la constitución lo es.

Llegados a este punto, cabe preguntar qué papel juega realmente la eficacia en el esquema kelseniano. Al respecto, Caracciolo ha desarrollado la siguiente argumentación⁶⁶:

Una constitución es «generalmente eficaz» si existe una clase no vacía de actos de cumplimiento de sus disposiciones. Como primordialmente, estas disposiciones en Kelsen tienen la función de otorgar competencia para la promulgación de las demás normas del sistema, una constitución que establece que las normas deben ser promulgadas por los individuos A, A_1, A_2, \dots, A_n y mediante los procedimientos P, P_1, P_2, \dots, P_n , sólo puede ser considerada eficaz si los individuos A, A_1, A_2, \dots, A_n han promulgado las normas N, N_1, N_2, \dots, N_n siguiendo los procedimientos P, P_1, P_2, \dots, P_n . Lo cual significa que la proposición según la cual la constitución C es «generalmente eficaz» en el tiempo t es verdadera si han tenido lugar esos actos de promulgación en un tiempo t_1 .

Esta proposición permite adjudicar a la constitución la propiedad P definitoria de su pertenencia al sistema S . Además, si las normas N, N_1, N_2, \dots, N_n han sido promulgadas de este modo, entonces también son

⁶⁶ Cfr. CARACCILO, R.: *Sistema jurídico. Problemas actuales*, cit., pp. 42-3. Para las cuestiones relativas a la eficacia, cfr. NAVARRO, P.: *La eficacia del Derecho*, Madrid, CEC, 1990, así como NAVARRO, P.; MORESO, J.J.: «Eficacia y constitución. Algunas reflexiones acerca de la teoría pura del derecho», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10, sep-dic, 1991, pp. 49-58, donde, se llama constitución «material» al sentido en que se toma la constitución en el texto («las normas positivas mediante las cuales se reglamenta la producción de las normas jurídicas generales», p. 54). En este artículo los autores subrayan la dificultad que

válidas en S, ya que satisfacen respecto a C el criterio de pertenencia. Ello significa que las proposiciones «C es generalmente eficaz» y «N, N1, N2, ... Nn son normas válidas en S», son materialmente equivalentes, porque son verdaderas o falsas en los mismos casos. Como la constitución C pertenece a S si, y sólo si, es generalmente eficaz, se sigue que C pertenece a S si, y sólo si, las normas N, N1, N2, ... Nn pertenecen a S. De modo que el procedimiento de identificación de ambos tipos de normas o es el mismo y las normas independientes (como C) son indiscernibles de las dependientes (como N, N1, N2, ... Nn), o bien es circular. La conclusión no se modifica si la norma básica se incluye en el sistema, porque la eficacia general es condición necesaria de pertenencia de la constitución.

Entonces, si las normas se promulgan de hecho por los individuos B, B1, B2, ... Bn la condición de eficacia general indica que la constitución de S no es C, sino otra C1, que precisamente es la que otorga competencia a B, B1, B2, ... Bn, con independencia de que la sustitución constitucional haya tenido lugar por medio de una revolución por vía consuetudinaria o *a fortiori* a través de la forma prevista en la constitución anterior. Puesto que el mismo análisis vale para todas las normas del sistema y sus respectivos fundamentos de validez, hay que concluir, como ha dicho Guibourg, que la eficacia de las normas pasa a ser el criterio decisivo de identificación⁶⁷.

plantea identificar la constitución material en Kelsen así como el problema de hallar cuál es el criterio que permite suponer el cambio en la norma básica.

⁶⁷ Cfr. GUIBOURG, R.: *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 43.

De la anterior argumentación se sigue una consecuencia particularmente importante para el tema de la identidad del orden jurídico. En efecto, si se admite el razonamiento desarrollado, hay que concluir que se disuelve la distinción entre un cambio «legal» y otro «ilegal», circunstancia ésta que resulta letal para la doctrina de Kelsen sobre la identidad, por basarse buena parte de la misma en aquella distinción. Si toda constitución con un determinado contenido es «legal», si y sólo si antes es eficaz, es indiferente que la misma sea producto de una violación de una constitución anterior, que se haya creado de acuerdo con una constitución anterior o que resulte de una derogación consuetudinaria de la constitución anterior. Por tanto, para todo conjunto de actos eficaces de creación existiría una constitución y su respectiva norma básica que los convierte en actos «legales». Pero estos actos, según Kelsen, no pueden ser legales si previamente no es válida una constitución que se refiere a ellos.

Resulta claro entonces que, en definitiva, la eficacia es el único criterio de validez. En palabras de Guibourg, «pierde importancia el "cambio de norma fundamental" operado en caso de revolución; ya que no habiendo una norma que otorgue "validez-eficacia" a las demás, el concepto de revolución, tal como lo enuncia Kelsen, se torna impensable»⁶⁸.

La demostración del círculo vicioso validez-eficacia pone de relieve, entre otras cosas⁶⁹, la falacia en la que incurre Kelsen al utilizar

⁶⁸ GUIBOURG, R.: *Derecho, sistema y realidad*, cit., p. 43.

⁶⁹ Como dice Guibourg, si todas las normas jurídicas tuvieran la eficacia como condición necesaria y suficiente de validez, «las normas inferiores podrían derogar las superiores sin otro requisito que su mayor eficacia;

un *criterio jurídico autónomo* de identidad. Desde un punto de vista puramente jurídico no puede conceptualizarse adecuadamente ni la identidad del orden jurídico, ni lo que sea una «revolución», entendida como cambio del mismo.

Pero, al mismo tiempo, la crítica desarrollada permite cuestionar también la viabilidad del *principio de origen* como base en la que apoyar un criterio sólido de identidad del orden jurídico.

Esta crítica, expuesta por Raz, afecta al segundo axioma del que depende la teoría kelseniana de la identidad y unidad de los órdenes jurídicos. Recuérdese que el segundo axioma establece que todas las normas jurídicas de (los sistemas de) un orden jurídico pertenecen a una cadena de validez. Según Kelsen, la norma básica necesariamente debe pertenecer a todas las cadenas de validez, mientras que es contingente que las demás normas pertenezcan a más de una cadena. Esta idea es la que da pie a Raz para formular una crítica adicional a Kelsen para el caso en que unas normas deban su validez a una constitución consuetudinaria, mientras que otras deriven su validez de una constitución legislada. En este caso, la norma básica uniría en una sola cadena de validez ambas constituciones mediante su autorización. Sin embargo, el expediente de recurrir a la norma básica, lejos de solucionar el problema, conduce a otra versión del mismo círculo vicioso que se ha apuntado.

Si deseáramos saber si la constitución legislada y la consuetudinaria pertenecen a sistemas del mismo orden jurídico, la doctrina de Kelsen nos remitiría a la norma básica. Si la norma básica

desaparecerían los niveles jerárquicos entre normas y la división de competencias entre los órganos, y la noción misma de sistema (...) dejaría de ser aplicable al fenómeno jurídico». GUIBOURG, R.: *Derecho, sistema y*

autoriza ambas constituciones, entonces éstas pertenecen a sistemas del mismo orden jurídico. Pero recordemos que para Kelsen quien desee conocer el contenido de la norma básica deberá acudir a los hechos a través de los cuales un orden es creado y aplicado. Lo cual significa que, una vez que sabemos qué normas pertenecen a un sistema jurídico, y sólo entonces, nos encontramos en posición de descubrir mediante qué actos son creados y, de esta forma, descubrir el contenido de la norma básica del sistema. No es posible invertir el proceso y descubrir qué normas pertenecen al sistema por referencia a la norma básica. En otras palabras, «parece que únicamente puede identificar el sistema jurídico con la ayuda de la norma básica, en tanto que ésta sólo puede ser identificada después de que la identidad del sistema haya sido establecida»⁷⁰.

Por lo tanto, aún en el supuesto de que se pudiera llegar a establecer que dos conjuntos de normas (legisladas y consuetudinarias, por ejemplo) son eficaces en una determinada sociedad, la teoría de Kelsen es incapaz de decidir si aquéllos forman o no un solo orden. Todo se hace depender de la norma básica, pero ésta no puede ser identificada antes de que se conozca la identidad del orden jurídico. En consecuencia, la norma básica no puede resolver el problema de la identidad y unidad de los órdenes jurídicos.

A pesar de las críticas precedentes, podría pensarse que la teoría de la identidad kelseniana superaría los obstáculos si se desprendiera de la norma básica y se fundamentase solamente en el

realidad, cit., p. 37.

⁷⁰ RAZ, J.: «La teoría de Kelsen de la norma fundamental», cit., p. 166.

concepto de cadena de validez. El lugar de la norma básica, como último eslabón de la cadena, podría ocuparlo una suerte de «poder fundamental», dejando intacta la estructura de la cadena. Sin embargo, este cambio, como ha puesto de relieve Raz, no ayudaría a solventar los problemas mencionados.

Esta nueva versión modificaría el criterio de identidad de Kelsen. El poder fundamental puede definirse como aquel que crea la primera constitución. La primera constitución se definiría como aquella norma jurídica cuya creación no fue autorizada por ninguna otra norma jurídica. El criterio modificado de identidad sería: un orden jurídico consiste en la primera constitución y en todas las normas creadas, directa o indirectamente, mediante el ejercicio de facultades conferidas por la primera constitución.

Esta versión modificada no salva los inconvenientes de la doctrina kelseniana. Los argumentos utilizados le son por entero aplicables, lo cual pone de relieve que ni el concepto de norma básica, ni, en su defecto, el concepto de cadena de validez, ni ambos conjuntamente resuelven satisfactoriamente los problemas que plantea la identidad de los órdenes jurídicos⁷¹.

El mal de tal construcción radica, según Raz, en que está basada en el principio de origen. Que el origen sea una norma o un poder fundamental para nada sana el vicio de la construcción. Únicamente se puede avanzar si en vez de considerar que una norma es la primera constitución porque ha sido creada mediante el ejercicio de un poder fundamental, se piensa que lo es porque así lo reconocen los tribunales.

Pero esto ya supone abandonar el principio de origen y pasar al principio de reconocimiento de Hart⁷².

B) Críticas a la constitucionalidad como criterio de identidad

Además de la crítica de la norma básica y sus derivaciones para el tema de la identidad, puede realizarse una crítica directa al criterio de identidad propuesto por Kelsen. Como vimos, el criterio de la constitucionalidad supone que estamos en presencia del mismo orden jurídico si se mantiene la misma norma básica. Si la cuestión se aborda desde la perspectiva del *cambio* en la identidad del orden jurídico (dimensión 2D), es posible formular dos tipos de preguntas:

1. ¿Todo acto ilegal o inconstitucional supone un cambio en la norma originaria y supone por tanto un cambio de orden jurídico? Este interrogante apunta a la cuestión de si un acto ilegal de cierta envergadura es condición *suficiente* de un cambio en la identidad del orden jurídico.

2. ¿Puede darse un cambio en la identidad del orden jurídico por otras causas que no sean la violación de alguna norma del sistema existente en la época del supuesto cambio? Esta es una cuestión relativa a las condiciones *necesarias* de tal cambio.

⁷¹ Sobre este punto se insistirá al analizar el criterio de identidad de Austin. Cfr. infra, cap. IV.

⁷²Cfr. infra, siguiente capítulo.

a) Inconstitucionalidad como condición suficiente del cambio de orden jurídico

Raz aporta algunas críticas, basadas en casos problemáticos que la teoría de Kelsen es incapaz de resolver. De entre los que expone, pueden traerse a colación el caso de los precedentes y el de la norma inconstitucional ⁷³.

Piénsese en un orden jurídico en el que los precedentes no crean derecho, pero que con el paso del tiempo se convierte gradualmente en un orden en el que los precedentes crean efectivamente derecho. No hay necesidad de suponer que la facultad de legislar mediante precedentes fue conferido a los tribunales por la primera constitución o por cualquier otra norma. En realidad, los tribunales pueden reconocer que ellos poseen esta facultad sólo mucho tiempo después de que la hayan adquirido. En tal caso no hay razón para suponer que un orden jurídico deja de existir y que se crea uno nuevo. Tampoco está muy claro cuál es la norma básica de este supuesto «nuevo» orden.

Algo parecido sucede en Estados cuyo parlamento se encuentra limitado constitucionalmente. Puede ocurrir que el parlamento apruebe una norma inconstitucional y que ésta sea aceptada por la población y el gobierno, al tiempo que la aplican los tribunales. Si se supone que la norma en cuestión regula una norma de poca importancia constitucional, parecería absurdo predicar de ella que ha instaurado un nuevo orden jurídico por el simple hecho de que rompió la cadena de validez. Eso sin mencionar la problemática ulterior que plantea la caracterización de «ley

inconstitucional» en Kelsen y a la que ya se aludió al hablar de la cláusula alternativa tácita⁷⁴.

Tales ejemplos muestran la dificultad de aceptar que el cambio inconstitucional sea condición suficiente para considerar que ha habido un cambio en el orden jurídico. La dificultad atañe, en primer lugar, al *rasgo procedimental* del criterio de identidad de Kelsen. Hay que atender de alguna forma a la importancia de las normas que se modifican. Sin embargo, esta importancia no tiene por qué coincidir con la noción de superioridad procedimental de Kelsen (norma superior que confiere validez a las inferiores). Aquí la importancia parece radicar en una nota *material*: De alguna manera parece que hay que tomar en consideración la importancia del *contenido* de las normas (tanto la constitución, como las otras normas de rango inferior) que se modifican inconstitucionalmente. No parece tener la misma importancia, por ejemplo, la modificación inconstitucional de una ley que regula la cría caballar en un determinado Estado, que la modificación inconstitucional del régimen de propiedad del mismo.

Estas reflexiones hacen que sea útil detenerse en la consideración de lo que habitualmente se llama «golpe de Estado» y ver si tal circunstancia supone siempre un cambio de orden jurídico.

La posición de Kelsen en este punto es la de que todo golpe de Estado supone un cambio en el orden jurídico. Sin embargo, algunos

⁷³ Cfr. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, cit. p. 137. Para otros casos, véase pp. 131-2.

⁷⁴ ¿Cómo se podría saber si una determinada norma se contrapone a lo dispuesto por normas superiores (y, por tanto, eventualmente ha dado lugar a un cambio ilegal) si en realidad, en virtud de la cláusula alternativa tácita, «todo» está permitido? Cfr. *supra*, sección 2 del presente capítulo.

autores⁷⁵, que por lo demás mantienen una línea muy parecida a la de Kelsen, han sostenido que cabe diferenciar los actos inconstitucionales que suponen una modificación del derecho vigente sin implicar un cambio en el orden jurídico, de otros que suponen un cambio del orden jurídico. En el primer caso se hablaría de golpe de Estado y en el segundo de revolución.

Para comprender adecuadamente las diferencias entre estas posiciones es conveniente realizar una serie de distinciones. Así, puede decirse que toda constitución que confiera y distribuya autoridad entre distintos órganos requiere tres tipos de normas:

- Normas de sucesión de órganos (*NO*), que son las relativas al acceso y a la sucesión de los funcionarios en sus puestos.

- Normas de competencia (*NC*), que establecen la distribución de potestades entre los funcionarios.

- Normas de sucesión de normas (*NN*), que establecen la reforma, suspensión o reemplazo de normas de cada una de estas tres categorías.

Quienes establecen la distinción entre golpe de Estado (cambio inconstitucional que no implica cambio en el orden jurídico) y revolución

⁷⁵ Parece que Finnis incluye a Cattaneo entre estos autores (cfr. FINNIS, J.M.: «Revolutions and Continuity of Law», (1973), in Simpson, A.W.B. (ed.): *Oxford Essays in Jurisprudence* (Second Series), Oxford, O.U.P., 1978, p. 46.). En mi opinión, Cattaneo, más que asumir una posición rotunda en este punto, lo que hace es analizar críticamente los criterios de distinción entre revolución y golpe de Estado aportados por otros autores, sin que quede clara cuál es su propia concepción. Por eso, a pesar de la atribución de Finnis, creo que ésta es mejor hacérsela a algunos de los autores cuyas tesis discute Cattaneo, en especial, Tosi y Pierandrei. Cfr. CATTANEO, M.A.: *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*, Milán, Ed. Cisalpino, 1960; tr. cast.: *El concepto de Revolución en la Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1968, pp. 91-97.

(cambio inconstitucional que implica cambio del orden jurídico), creen que es posible modificar las *NO*, sin que se modifiquen las *NC* y las *NN*.

Sin embargo, existen conexiones entre estas distintas categorías de normas. Como ha puesto de manifiesto Hart, aún en la más simple monarquía absoluta, las *NO* que determinan la sucesión de la Corona están expuestas a una alteración jurídico-legal, la cual estará regulada por una *NN*, que ocurre que coincide en este caso con la *NC* que determina la autoridad legislativa: por ejemplo, «lo que el rey ordene es derecho»⁷⁶.

Si esto es así, debe entenderse que una usurpación (vulneración de una *NO*) no es un simple acto que se agota al realizarlo, sino que encierra una pretensión de apropiarse del puesto. Por ello, implica algo más que una simple violación de una *NO*. La usurpación de la Corona en una monarquía absoluta se realiza con la finalidad de que la particular *NO* que identifica al poseedor de la misma debe cambiarse. Y este cambio sólo puede realizarse violando alguna *NN*, que es la que posibilitaba el cambio. De otro modo no habría forma de identificar una usurpación como tal⁷⁷.

Los casos anteriores afectan al ámbito que he denominado 2D y muestran que, en este punto, la tesis de Kelsen, según la cual se rechaza la división entre revoluciones (que suponen un cambio del orden jurídico) y meros golpes de Estado (que no lo suponen), es más consistente que la que supuestamente sostiene Cattaneo. Y ello a pesar de que también

⁷⁶ Cfr. HART, H.L.A.: «L.L. Fuller: The Morality of Law», *Harvard Law Review*, 78, 1965, pp. 1281-96; reimpresso ahora en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983.

⁷⁷ Cfr. FINNIS, J.M.: «Revolutions and Continuity of Law», cit., p. 49.

podría aducirse algún ejemplo excepcional en que tal tesis parecería discutible.

Supóngase, como dice Finnis, el caso en que un vicepresidente mata al presidente de un Estado, cuya constitución establece que aquél le sucederá a su muerte. En este caso, siempre que el sistema jurídico en cuestión no contenga una norma que prohíba que alguien saque provecho de su actuación delictiva, no se habría producido la vulneración de ninguna *NN*. Y, a pesar de ello, tal vez se hablaría de golpe de Estado, aunque no forzosamente de cambio del orden jurídico, puesto que no vulnera la constitución.

b) Inconstitucionalidad como condición necesaria del cambio de orden jurídico

Se han comprobado las dificultades que surgen a la hora de considerar la inconstitucionalidad como condición suficiente del cambio de orden jurídico. He aducido algunas razones que apuntan a la necesidad de modificar algún rasgo del criterio de identidad propuesto por Kelsen. Concretamente el que se refiere a su aspecto procedimental. Y he sostenido que en este punto la tesis de Kelsen incurre en ciertos problemas al no tener en cuenta un aspecto material: la mayor o menor relevancia del *contenido* de las normas.

A continuación, mediante la crítica a la consideración de la inconstitucionalidad como condición necesaria del cambio de orden jurídico, pondré en cuestión el *carácter jurídico-autónomo* del criterio de identidad de Kelsen.

La tesis según la cual la inconstitucionalidad es condición necesaria del cambio de orden jurídico descansa en el primer axioma relativo a la unidad de los ordenes jurídicos postulado por Kelsen. Recuérdese que aquél establecía que todas las normas jurídicas que pertenezcan a una misma cadena de validez son parte de sistemas jurídicos pertenecientes a un mismo orden jurídico. De lo cual se infiere que sólo mediante una ruptura de la cadena de validez tiene sentido hablar de cambio del orden jurídico.

Hay ciertos casos que muestran las dificultades que presenta esta concepción. Por ejemplo, esta posición no daría cuenta de ciertas formas de otorgamiento pacífico de la independencia a nuevos Estados. Debe recordarse aquí que, en estos casos, se podría decir que se da un cambio de orden estatal (tercer nivel), pero no necesariamente un cambio de orden jurídico (segundo nivel); o, simplemente, el nacimiento de un nuevo orden estatal que incorpora un determinado orden jurídico.

Supóngase que el país *A* tiene una colonia *B* y que ambos países se encuentran gobernados por el mismo orden jurídico. Supóngase, además, que *A* ha otorgado la independencia a *B* mediante una norma jurídica que confiere a un parlamento electo por los habitantes de *B* poderes legislativos, exclusivos e ilimitados, sobre *B*. Finalmente, supóngase que ese parlamento ha adoptado una constitución que es, en general, reconocida por los habitantes de *B* y de conformidad con la cual se realizaron elecciones y se crearon ulteriores normas jurídicas. El gobierno, los tribunales y la población de *B* se consideran a sí mismos como un Estado independiente con un orden jurídico independiente. Son reconocidos por todas las naciones, incluyendo a *A*. Los tribunales de *A*

consideran la constitución y demás normas jurídicas de *B* como un orden jurídico separado, distinto del suyo propio.

A pesar de todos los hechos que conforman el caso, del primer postulado mantenido por Kelsen se sigue que la constitución y demás normas jurídicas de *B* son parte del orden jurídico de *A*. La razón de esta conclusión es que la constitución de *B* y, consecuentemente, todas las normas jurídicas creadas en base a ella, fueron autorizadas por la norma de *A* que otorga la independencia y, por tanto, pertenecen a la misma cadena de validez y al mismo orden jurídico.

En este caso, (que entraría en el ámbito 3D, en nuestra terminología) el error de Kelsen estriba en no haber tenido en cuenta los hechos, más allá del procedimiento formal mediante el cual el orden jurídico de *A* contiene una norma jurídica que autoriza todas las disposiciones de *B*. Según esta concepción, que los tribunales y la población de *B* no consideren tal norma jurídica como parte de su propio orden jurídico y que los tribunales y la población de *A* considere el orden de *B* como independiente respecto al suyo es irrelevante. No obstante, no parece sensato obviar estos hechos, a menos que se diseñe un concepto de orden jurídico sin asidero en la realidad socio-política. La actitud de la población y de los tribunales es de la mayor importancia para decidir la identidad y unidad de un orden jurídico. Y esta es la senda por la que transitará Hart⁷⁸.

⁷⁸Si bien en este punto Kelsen podría ofrecer defenderse preguntando cómo es posible saber quiénes son las autoridades de la colonia si no es a través de las normas de la metrópolis. Aunque esta es una cuestión que afecta a 3D, algo se dirá al hablar del criterio de identidad propuesto por Hart.

Iguals consideracions que para el exemple de la independència otorgada pacíficament, cabria fer per als casos en que un mateix país passa «constitucionalment» d'un règim democràtic a un de tipus dictatorial (En Alemanya, per exemple, el pas de la República de Weimar al Estat nazi), o al revés (En Espanya, el pas del règim franquista a la monarquia parlamentària actual). Serien casos que entrarien en l'àmbit 2D i de los que, movent-se en el terreny estrictament jurídic-formal, no se consegueix donar resposta satisfactoriament.

c) Constitucionalidad y autorreferencia normativa

Hallar criteris que permetin distinguir entre la constitucionalitat i la inconstitucionalitat dels canvis normatius produïts en un determinat ordre jurídic és un dels temes recurrents en la teoria jurídica. Sin embargo, no hay un acuerdo generalizado sobre el mismo, lo cual dificulta aún más tomar en consideración la constitucionalidad como criterio de identidad del orden jurídico. Sin ánimo exhaustivo y a los solos efectos de mostrar una parte de esta polémica voy a referirme a continuación al problema de las llamadas «revoluciones pacíficas» y a los límites a la revisión constitucional. Mi conclusión será que tal discusión únicamente es relevante para el tema de la identidad de los órdenes jurídicos si se entiende que ésta depende de la constitucionalidad del cambio. Por contra, si se sostiene, como en mi caso, que la constitucionalidad de los cambios normatius no es condición necesaria ni

suficiente del mantenimiento de la identidad del orden jurídico, la polémica se torna estéril para este punto.

Cattaneo define la revolución pacífica como «una transformación profunda en el ordenamiento jurídico de alcance tal como para herir sus principios fundamentales, pero llevada a cabo según las vías legislativas normales»⁷⁹. El problema, entonces, queda planteado en estos términos: ¿Puede un orden jurídico admitir un cambio de los principios fundamentales que lo rigen, o, semejante cambio, aun realizado a tenor de lo previsto por aquél, supone un cambio de orden? ¿Puede ser legal cambiar radicalmente también los principios fundamentales de un orden jurídico a través de los procedimientos de producción del derecho previstos por el mismo, o, por el contrario, existe para ello una prohibición implícita, deducible de la *ratio* del propio orden?

En relación con la existencia o no de límites implícitos a la actividad de revisión constitucional, se pueden defender, lógicamente, dos posturas. Quienes sostienen la inexistencia de tales límites y quienes postulan su posibilidad.

Los primeros suelen apuntar los obstáculos con los que tropiezan quienes desean sostener la tesis opuesta, sobre todo a la hora de establecer cuáles son las normas concretas sustraídas al poder de revisión constitucional. También algunos partidarios de esta tesis niegan valor absoluto incluso a los límites *explícitos* que algunas Constituciones contemplan, afirmando que pueden ser siempre anulados a través de la

⁷⁹CATTANEO, M.A.: *El concepto de Revolución en la Ciencia del Derecho*, cit., p. 99.

derogación, mediante el procedimiento de revisión, de la misma norma que los promulga⁸⁰.

Entre quienes admiten la posibilidad de tales límites, se dan básicamente dos tipos de argumentos. El primero se fundamenta en la distinción entre poder constituyente y poder (constituido) de revisión constitucional. El segundo tipo de argumentos es de naturaleza lógica.

Mediante la distinción entre poder constituyente y poder constituido se argumenta diciendo que las normas que prevén la revisión total de un orden no pueden justificarse, porque no son jurídicas; se trata de una tentativa de reglamentar *a priori* el poder constituyente, no el poder de revisión. Aunque los hechos se desarrollaran según lo previsto de antemano, habría igualmente un cambio de orden jurídico, en relación con el precedente. O, como ha dicho Schmitt⁸¹, mediante el procedimiento de revisión, una Constitución no pretende establecer un método legal para superar su propia legalidad.

A los anteriores argumentos, no siempre expresados con la claridad deseada⁸², se añaden consideraciones de tipo lógico.

En general, las anteriores consideraciones afectarían también a todo caso en que una autoridad suprema otorgue una constitución limitando su propia autoridad. Y esto lleva a la necesidad de plantearse si

⁸⁰BISCARETTI: «Sui limiti della revisione costituzionale», *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, 1948-1949, pp. 127-128 (cit. por CATTANEO, M.A.: *El concepto de Revolución en la Ciencia del Derecho*, cit., p. 102).

⁸¹SCMITT, C.: *Legalität und Legitimität*, Munich y Leipzig, Duncker & Humblot, 1932, p. 60.

⁸²Seguramente no es ajena a esta confusión la ambigüedad sistemática en la que se incurre al utilizar el término «poder» en la expresión «poder constituyente», tal como ha sido puesto de manifiesto por Carrió. Cfr.

una norma del tipo *NN* puede verse reemplazada por sus propias estipulaciones.

En este sentido, hay quien considera que tales modificaciones son en realidad «camuflajes legales» de una «revolución pacífica»⁸³; mientras que otros prefieren hablar, más que de «revolución pacífica», de «evolución»⁸⁴. Es por este motivo que autores como Ross sostienen que es lógicamente imposible que una norma *NN* pueda establecer reflexivamente su propia derogación. Donde una cláusula constitucional que establece la reforma constitucional es reformada de acuerdo con sus propias reglas, la nueva cláusula de reforma no puede ser vista como derivada de la anterior, o como válida porque derive de ella. En palabras de Ross: «Una derivación tal presupone la validez de la norma superior y con ello la existencia continuada de la misma, y mediante derivación no puede establecerse una nueva norma que contraríe la que le sirve de fuente»⁸⁵. Se trata, como es sabido, de la llamada «paradoja de Ross», que no es más que una concreción del problema más general de la autorreferencia normativa. Este no es lugar para entrar en las discusiones que este tema ha generado⁸⁶. Sólo me interesa destacar aquello que tenga relevancia para el tema de la identidad.

CARRIO, G.R.: «Sobre los límites del lenguaje normativo», in *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, (3ª ed. aumentada), 1986, pp. 235-279, esp. pp. 241-259.

⁸³ Cfr. WADE, H.W.R. : «The Basis of Legal Sovereignty», *Cambridge Law Journal*, 172, 1955, p. 196.

⁸⁴ Cfr. ROSS, A.: *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons, 1958; tr. cast. de G. R. Carrió: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1970, p. 79.

⁸⁵ ROSS, A.: *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 80.

⁸⁶ Junto a la obra citada de Ross, cfr. ROSS, A.: «On self reference and a difficult puzzle of Constitutional Law» (1967), tr. cast. de E. Bulygin y E. Garzón Valdés: «Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional» in *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1991, pp. 49-81;

Las dos posiciones que se puede adoptar frente al problema de la posibilidad lógica de modificación «legal» o «constitucional» de las *NN* (normas de reforma constitucional) son:

1. No cabe modificación constitucional de las *NN*. En este caso, cualquier cambio que se produjera de una *NN* siguiendo el propio procedimiento establecido por ella, sería inconstitucional y daría lugar a un nuevo orden jurídico. En este sentido, la conclusión de Ross es que todo orden jurídico se basa sobre la hipótesis inicial que constituye la autoridad suprema no creada por otra autoridad. Una modificación de las normas jurídicas realizada a partir de un procedimiento jurídico puede efectuarse tan sólo dentro del propio orden, cuya identidad estaría establecida por la hipótesis inicial. Todo cambio de esta última es un hecho extrasistemático, una creación ilegal.

Pero, admitido lo anterior, hay que concluir que los límites no son estrictamente jurídicos⁸⁷. Y es que hay que tener en cuenta que la

HART, H.L.A.: «Self-Referring Laws» (1964), reimpresso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 170-178; RAZ, J.: «Professor Alf Ross and Some Legal Puzzles», *Mind*, 1972, 415-421; HOERSTER, N.: «On Alf Ross's alleged puzzle in constitutional law», *Mind*, 1972, pp. 422-426; NINO, C.S.: «¿Puede un sistema jurídico generar su propia validez?», in *La validez del derecho*, cit. pp. 69-88; GARZON VALDES, E.: «Acerca de las limitaciones jurídicas del soberano», in A.A.V.V.: *El lenguaje del derecho. Homenaje a G.R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, s.f., pp.157-180; GUIBOURG, R.A.: «La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional», in A.A.V.V.: *El lenguaje del derecho. Homenaje a G.R. Carrió*, cit., pp. 181-195; BULYGIN, E.: «La paradoja de la reforma constitucional», in A.A.V.V.: *Estudios en homenaje a Alf Ross*, Valparaíso, Revista de Ciencias Sociales, 1984, pp. 329-346; NINO, C.S.: «Ross y la reforma del procedimiento de reforma constitucional», in A.A.V.V.: *Estudios en homenaje a Alf Ross*, cit., pp. 347-364; tomando como ejemplo la Constitución española de 1978, cfr. MORESO, J.J.: «Disposiciones de reforma constitucional», *DOXA*, 10, 1991, pp. 201-222.

⁸⁷No parece darse cuenta Cattaneo, que al admitir los razonamientos de Ross está renunciando de hecho a dar una definición de revolución que sea jurídica *tout court*, tal como era su propósito. En este sentido, su

autoridad suprema de la que habla Ross existe en la forma de una «ideología política que forma el presupuesto del sistema» y que todo cambio en la hipótesis inicial, esto es, «toda transición de un sistema a otro, es un fenómeno extra-sistemático, un cambio fáctico socio-psicológico en la ideología política dominante y no puede ser descrito como creación jurídica mediante un procedimiento»⁸⁸.

2. Sí puede haber modificación constitucional de las *NN*. Aquí se podría sostener que cabe la variación de una *NN*, según el procedimiento por ella mismo establecido, sin que se modifique la identidad del orden jurídico, por cuanto no se habría roto la cadena de validez.

Mi posición ante esta dicotomía es precisamente negar que la misma tenga relevancia para el tema de la identidad del orden jurídico. Hay que prestar atención a un punto. Las hipotéticas soluciones citadas serían relevantes para nuestro tema, sólo si se admite la premisa de que la inconstitucionalidad es condición necesaria (o suficiente) del cambio de orden jurídico. Este no es mi caso. Considero que lo que importa a la hora de establecer si una modificación normativa origina un cambio de orden jurídico no es averiguar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la modificación. Lo decisivo es que el cambio, constitucional o

planteamiento puede considerarse tal vez internamente más incoherente que el de Kelsen, pero más próximo a la tesis del criterio material sustentada en la presente investigación.

⁸⁸ROSS, A.: *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 81. Intuyo un acuerdo con las tesis de Ross, pero dado lo confusa que resulta ser su terminología en este punto (con frases del siguiente cariz: «las fuerzas políticas están dominadas de hecho por ideas que no pueden ser expresadas racionalmente sino sólo en términos mágicos». *Ibidem*), prefiero optar por la definición del orden jurídico en términos de régimen político (amparándome en autores de teoría política empírica), tal como se puede ver en la Segunda Parte de este trabajo. Esta confusión da pie a que puedan darse interpretaciones como la de Finnis (*op. cit.*), según el cual «la ideología presupuesta»

inconstitucional, afecte a aspectos fundamentales del orden jurídico. Pero el establecimiento del carácter «fundamental» de un cambio ya no puede descansar en estrictas consideraciones jurídicas. Una alternativa que puede plantearse es la de ir más allá de criterios jurídicos autónomos, como el de Kelsen, para dar cabida a consideraciones políticas. Una alternativa de este tipo es la que presentaré en la Segunda Parte de este trabajo.

4. Consecuencias

Con las insuficiencias que se han puesto de relieve en el apartado anterior espero haber mostrado que el criterio de la constitucionalidad, cuyo modelo viene representado por la doctrina kelseniana, adolece de ciertos defectos que no permiten dar cuenta de la complejidad que encierra la identidad del orden jurídico. Los defectos son imputables a todos y cada uno de los rasgos «formales» que caracterizan el modelo, al menos según la reconstrucción aquí realizada.

La propuesta de un *criterio procedimental* que no tenga en cuenta la relevancia del contenido de las normas jurídicas, ha quedado en entredicho al analizar la posibilidad de que un cambio inconstitucional sea condición suficiente del cambio de orden jurídico.

Por su parte, el *principio de origen normativo* que sustenta el criterio de identidad del modelo ha sido cuestionado al criticar la norma

de la que habla Ross sería una versión más de la norma básica kelseniana y, por tanto, acreedora a las mismas críticas que ésta.

básica (o, en su caso, la constitución originaria) que constituye precisamente el origen del orden.

Por último, la insuficiencia de un *criterio jurídico autónomo* ha sido puesta de relieve, tanto al analizar las deficiencias de la norma básica en relación al tema de la identidad, como al mostrar los problemas que presenta la tesis de que la inconstitucionalidad sea condición necesaria del cambio de orden jurídico.

Es hora, pues, de tomar en consideración otros modelos y otras propuestas de criterio de identidad del orden jurídico que sean, al menos en algún punto, menos formales que el anterior.

Capítulo III: El criterio de la regla de reconocimiento: H.L.A.

Hart

Se ha visto el énfasis que Kelsen otorga al hecho de la creación de las normas como fundamento de su criterio de identidad del orden jurídico. Este, sin embargo, es sólo uno de los posibles enfoques de la cuestión. Otro enfoque, en este punto diametralmente opuesto al anterior, es el que subraya la importancia de los órganos jurídico-aplicadores a la hora de establecer el criterio de identidad de los órdenes jurídicos. Se trata ahora no ya de privilegiar el origen de las normas jurídicas, sino el reconocimiento o aceptación de las mismas por parte de las personas que ocupan un determinado *status* dentro de la sociedad. Este enfoque, delineado en parte ya por autores como Salmond⁸⁹ y Holmes, alcanza su formulación más acabada en Hart.

Al igual que en la exposición precedente sobre el pensamiento de Kelsen, a continuación mencionaré únicamente las partes de la doctrina hartiana necesarias para reconstruir su posición relativa a los problemas de identidad del orden jurídico⁹⁰. Hecho esto, analizaré el criterio de identidad hartiano para después someterlo a crítica.

⁸⁹ Véase SALMOND, W.G.: *The First Principles of Jurisprudence*, Londres, Stevens & Haynes, 1983; SALMOND, W.G.: *Salmond on Jurisprudence*, edición a cargo de P.J. Fitzgerald, Londres, Sweet & Maxwell, 1975.

⁹⁰ Para una reconstrucción más completa del pensamiento de Hart, puede verse MacCORMICK, N.: *H.L.A. Hart*, London, Edward Arnold, 1981; GAVISON, R. (ed.): *The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987. Entre nosotros, cfr. PARAMO, J.R.: *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, CEC,

En Hart, el problema de la identidad del orden jurídico hay que enmarcarlo en su concepto de regla de reconocimiento⁹¹. Pero para entender adecuadamente este concepto, antes es preciso esbozar brevemente su concepción del derecho como unión de normas primarias y secundarias.

1. Normas primarias y secundarias

Para dar cuenta de la complejidad de un orden jurídico, Hart introduce la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias. Un sistema jurídico, para ser tal, debe contar con ambos tipos de reglas. Las reglas primarias son normas de obligación, es decir, «prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones». Las reglas secundarias, por su parte, «establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación»⁹².

La distinción conceptual entre ambos tipos de reglas no es excesivamente clara. Hart utiliza en realidad dos criterios de distinción:

1984; para la regla de reconocimiento en concreto, cfr. RAMOS PASCUA, J.A.: *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, Madrid, Tecnos, 1989.

⁹¹ Hart no realiza las distinciones de niveles aquí propuesta. Pero dado que el sistema jurídico tal como él lo propone no cambia cada vez que cambia una norma jurídica del mismo, sustituiré a lo largo del capítulo lo que él llama «sistema jurídico» por «orden jurídico», más acorde con la terminología aquí adoptada. Todo ello sin perjuicio de realizar ulteriores matizaciones respecto a las dificultades que plantea la consideración indistinta por parte de Hart de los problemas que afectan a lo que aquí he llamado «orden jurídico» (2º nivel) y «orden estatal» (3º nivel).

1. Por un lado, se basa en la diferenciación entre normas que imponen deberes y normas que confieren potestades. Parece que ambos tipos de normas son coextensivas con las reglas primarias y las reglas secundarias, respectivamente. Es decir, toda regla primaria impone deberes y toda regla secundaria otorga potestades.

2. Por otro lado, entiende que las reglas secundarias lo son, no porque confieran potestades, sino porque se refieren a las reglas primarias. Si este es el criterio imperante, pueden darse reglas secundarias que sean a la vez normas que impongan deberes.

Esta falta de claridad, como se verá más adelante⁹³, origina ciertas dificultades a la hora de encuadrar debidamente la regla de reconocimiento y en cuanto a su posible formulación. Por ahora, bastará con mencionarla.

Las razones aducidas por Hart para mostrar la necesidad de la presencia de reglas secundarias en una sociedad desarrollada es bien conocida. El jurista inglés distingue entre una estructura social simple y una desarrollada. Sólo en esta última cabe hablar con propiedad de sistema jurídico y, por tanto, de orden jurídico.

Una estructura social simple sería aquella regulada únicamente por reglas primarias de obligación. Una sociedad de este tipo tendría una serie de carencias. Tales carencias son la falta de certeza, el carácter estático de las reglas y la insuficiencia de la presión social difusa. El remedio para cada uno de los tres defectos de esta forma más simple de

⁹² HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford, O.U.P., 1961; tr. cast. de Genaro Carrió: *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 101.

⁹³Cfr. infra sección 2, ap. C) del presente capítulo.

estructura social, consistiría en complementar las reglas primarias con reglas secundarias. Según Hart, la introducción del remedio para cada defecto podría ser considerada un paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico. Y los tres remedios en conjunto son suficientes para convertir el régimen de reglas primarias en algo que es indiscutiblemente un orden jurídico. Puesto que las reglas secundarias vienen a subsanar ciertos defectos que impiden hablar con propiedad de orden jurídico, es conveniente detenerse un momento en el análisis de éstos.

- El carácter estático. En una sociedad regida únicamente por reglas primarias de obligación, no habría forma de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes. No se podrían eliminar las antiguas e introducir las nuevas. La posibilidad de llevar a cabo esto presupone la existencia de otras reglas, que pueden llamarse *reglas de cambio*.

- Difusa presión social. En la sociedad simple descrita, se producirían siempre discusiones sobre si una regla ha sido o no violada, que podrían llegar a eternizarse. Para dar por terminadas esas discusiones se requiere la existencia de un órgano especial con facultades para determinar de forma definitiva y con autoridad el hecho de la violación. Las reglas que conceden estas facultades son las *reglas de adjudicación*.

- La falta de certeza. Este defecto consiste en la carencia de procedimiento alguno para solucionar las posibles dudas que surjan sobre cuáles son las reglas primarias aplicables en un determinado lugar, así como su alcance. Para solucionarlo se requiere una regla que remita a algún texto o persona revestida de autoridad que zanje definitivamente la

cuestión. Esta es la misión que cumple la *regla de reconocimiento* («*rule of recognition*»).

Los tres tipos de reglas secundarias establecidas por Hart no están concebidas de forma totalmente independiente, sino que tienen relaciones entre sí. Por eso, antes de entrar de lleno en el análisis de la regla de reconocimiento es interesante mostrar cuál es la relación que el autor establece entre este tipo de regla secundaria y las dos restantes.

Existe una conexión muy estrecha entre las reglas de cambio y las de reconocimiento. Donde existen las primeras, las últimas necesariamente incorporarán una referencia a la legislación como característica identificativa de las reglas, aunque no es menester que mencionen expresamente todos los detalles del procedimiento legislativo. Es más, si la estructura social es tan simple que la única fuente de derecho es la legislación, la regla de reconocimiento se limitará a especificar que la promulgación legislativa es el único criterio de validez.

Por su parte, un sistema jurídico que tiene reglas de adjudicación tiene también una regla de reconocimiento «imperfecta». Si los tribunales están facultados para hacer afirmaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de que una determinada regla ha sido transgredida, tales afirmaciones también estarán revestidas de autoridad acerca de cuáles son las reglas. Así, dice Hart, «la regla que confiere jurisdicción es también una regla de reconocimiento que identifica a las reglas primarias a través de las decisiones de los tribunales, y estas decisiones se convierten en "fuente" de derecho»⁹⁴. Esta forma de regla de reconocimiento es «imperfecta» dado que, a diferencia de un código

legislativo, las sentencias no pueden ser formuladas en términos generales y su uso como guías que señalan cuáles son las reglas, depende de la inferencia a partir de decisiones particulares. De este modo, la certeza descansaría en la consistencia de los jueces.

2. La regla de reconocimiento

La regla de reconocimiento ocupa un lugar central en la determinación del criterio de identidad del orden jurídico por parte de Hart. Puede afirmarse que, según este autor, un sistema jurídico consiste en una regla de reconocimiento más todas las normas identificadas por esa regla. Es, pues, de la máxima importancia saber en qué consiste la regla de reconocimiento, cuáles son sus funciones, los criterios de existencia de la misma, así como su formulación y contenido.

A) Funciones

En cuanto a las funciones de la regla de reconocimiento hartiana éstas son parecidas a las de la norma básica de Kelsen. Por un lado, constituye la base que permite predicar la *unidad* del sistema. Por otro, es el medio último de *identificación* de las normas de un sistema y su criterio de *validez*.

La regla de reconocimiento de Hart es concebida como una regla necesaria. Necesaria en el sentido de que todo sistema y todo orden jurídico tiene una y sólo una regla de reconocimiento y también porque el

⁹⁴ HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., p. 121.

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.

Por su parte, que la regla de reconocimiento identifique *todas* las restantes normas del sistema es algo que no está nada claro en la exposición del autor. Así, en alguna ocasión dice que la regla de reconocimiento es «una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación»⁹⁵. Pero, en otras, parece dejar claro que su misión es la de identificar no sólo a las normas primarias, sino a todas las normas pertenecientes al mismo orden jurídico. La regla de reconocimiento en este caso «...especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo...»⁹⁶. Lo cual viene a significar, en última instancia, que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico constituye su criterio de validez, por cuanto «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»⁹⁷.

Y eso permite mantener que «la regla de reconocimiento que suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema es (...) una regla *última*»⁹⁸. El calificativo de «última» debe

⁹⁵ HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., p. 118.

⁹⁶ HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., p. 117.

⁹⁷ HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., p. 129.

⁹⁸ HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., p. 132.

entenderse ligado de nuevo al concepto de cadena de validez. Si se plantea la cuestión sobre si una determinada norma es jurídicamente válida, para resolverla debemos usar un criterio de validez suministrado por alguna otra norma o regla. Y así seguiremos hasta llegar a una regla que, si bien proporciona criterios para la determinación de la validez de otras normas, a diferencia de éstas, no está subordinada a criterios de validez establecidos por otras reglas. En este sentido puede afirmarse que la regla de reconocimiento es «última».

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 *incontrovertible* 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. En palabras de Hart: «un criterio de validez jurídica (...) es supremo, si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencias a los otros criterios, mientras que las reglas identificadas por referencia a los últimos no son reconocidas si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo»⁹⁹.

En los razonamientos anteriores, está claro que Hart utiliza el término «validez» en el sentido de pertenencia de una norma a un sistema jurídico. Aparece así una diferencia respecto a la norma fundamental kelseniana que es importante subrayar. Hart dice: «Sólo necesitamos la palabra "validez" (...) para resolver cuestiones que surgen *dentro* de un

sistema de reglas, donde el status de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios suministrados por la regla de reconocimiento»¹⁰⁰. Por tanto, no puede plantearse una cuestión relativa a la validez de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios. Kelsen, como se vio, establecía que había que dar por admitida la validez de la norma fundamental, la cual hacía 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 del sistema. Pero esto supone ya abandonar el tema de sus funciones, para adentrarse en el de los criterios de su existencia.

B) Existencia

Las normas de un sistema existen, son válidas como pertenecientes al mismo, si satisfacen las condiciones establecidas en la regla de reconocimiento. Pero, como acabamos de decir, la existencia de la propia regla de reconocimiento no puede determinarse de la misma manera, sino que es «una cuestión de hecho»¹⁰¹. Esta circunstancia significa que la regla de reconocimiento es concebida por Hart como una «regla social»¹⁰², cuya existencia se debe a una práctica social.

⁹⁹ HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., p. 132.

¹⁰⁰ HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., p. 135.

¹⁰¹ HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., p. 137.

¹⁰² Cfr. HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., pp. 69-72.

Hart establece el concepto de regla social contraponiéndolo al simple hábito. Hábito y regla social se asemejan en que, en ambos casos, la conducta de que se trate tiene que estar generalizada en una determinada sociedad. Esto significa que la mayor parte del grupo la repite cuando surge la ocasión. Pero entre ambos conceptos existen tres diferencias relevantes, que permiten comprobar la especificidad de las reglas sociales. Estas diferencias son las siguientes:

- Para que exista un hábito basta con que se produzcan conductas convergentes dentro del grupo. Pero para poder hablar de regla social se requiere, además de esa convergencia, que las desviaciones de esas conductas sean consideradas generalmente como faltas susceptibles de *crítica*; es decir, que exista una presión social en favor de la conformidad.

- Para que exista una regla social se requiere, además, que esa crítica se considere *legítima* o justificada por parte del grupo. Lo cual es compatible con la existencia de una minoría que no sólo trasgrede la regla, sino que además rechaza tomarla como criterio de conducta para sí o para los demás.

- El tercer rasgo que caracteriza a las reglas sociales tiene que ver con lo que Hart denomina el *aspecto interno* de las reglas. Para que haya un hábito basta con que cada persona se comporte como los demás, sin que sea necesario tener consciencia de que el comportamiento es general, ni que se quiera inculcar el hábito o mantenerlo. En cambio, para la existencia de una regla social se precisa que por lo menos algunos vean en la conducta de que se trate una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo. Así, pues,

además del *aspecto externo* que comparte con un hábito social y que consiste en la conducta regular uniforme que un observador puede registrar, toda regla social tiene ese *aspecto interno*. Lo decisivo aquí no es la existencia de experiencias psicológicas comunes a los individuos que forman el grupo. Tales experiencias pueden o no darse. Lo decisivo es que haya una actitud reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas de conducta comunes, y que tal actitud se materialice en la forma de crítica y autocrítica, en exigencias de conformidad y en reconocimientos de que tales críticas y exigencias están justificadas. De ahí que a las reglas sociales se las tenga por obligatorias.

Como es sabido, la distinción entre aspectos internos y externos tiene gran importancia en la teoría hartiana. Por lo que ahora nos preocupa, esta distinción ayuda a comprender lo que son las reglas sociales y, por ende, permite entender cuáles son los criterios de existencia de toda regla de reconocimiento.

Cuando Hart afirma que la existencia de la regla de reconocimiento es una cuestión de hecho, quiere indicar que existe como práctica social, del mismo modo que una regla social. Esta concepción plantea dos tipos de problemas. El primero, relacionado con el carácter consuetudinario de esta regla. El segundo, en relación a los sujetos normativos de la misma.

La formulación de Hart parece dar a entender que la regla de reconocimiento se trata siempre de una regla consuetudinaria y nunca una regla legislada. Sin embargo, en algún lugar, el propio autor, apartándose de Kelsen, sostiene que «si una constitución que especifica las varias fuentes de derecho es una realidad viviente en el sentido que

los tribunales y los funcionarios del sistema efectivamente identifican el derecho con arreglo a los criterios que ella suministra, entonces la constitución es aceptada y efectivamente existe. Parece una duplicación innecesaria sugerir que hay otra regla más que dispone que la constitución (...) ha de ser obedecida»¹⁰³.

La cita anterior sugiere que tampoco resulta claro distinguir entre una regla de reconocimiento y una constitución cuando ésta última es consuetudinaria¹⁰⁴.

Por otro lado, para Hart, las condiciones de existencia de las reglas sociales son las prácticas de aquellas personas a las cuales las reglas son dirigidas. Por este motivo es de la mayor relevancia establecer quiénes son los sujetos normativos de la regla de reconocimiento. Es importante por dos razones. En primer lugar, porque esos sujetos son los destinatarios de la regla. Y en segundo lugar, porque su conducta es la relevante para saber si existe una práctica social que dé lugar a una regla de reconocimiento como regla social.

La teoría de Hart no es muy clara al respecto. A veces, parece dar a entender que los sujetos normativos son la población en general. Como cuando dice «dondequiera se acepte tal regla de reconocimiento, tanto los *particulares* como los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación»¹⁰⁵, o cuando habla de «la práctica general de los funcionarios *o de los particulares*», o de «la

¹⁰³ HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., p. 311.

¹⁰⁴ En este sentido, Hart parece tener en mente la constitución no escrita de Gran Bretaña. Cfr. «Entrevista a Hart», realizada por J.R de Páramo y publicada en *DOXA*, n° 5, 1988, pp. 339-361.

¹⁰⁵ HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., p. 125. Cursiva ajena al original.

práctica de los jueces, funcionarios y *otras personas*»¹⁰⁶. En otras ocasiones, en cambio, parece que los sujetos normativos sólo son los *officials* (autoridades públicas o funcionarios) y, muy en concreto, los tribunales. Prima, en estos casos, «la forma en que los tribunales identifican lo que ha de tenerse por derecho»¹⁰⁷. Parece que hay que entender que esta última es la posición de Hart. Es bastante más claro cuando establece la relevancia de la actuación de los funcionarios respecto a las reglas secundarias: «lo crucial es que haya una aceptación *oficial* unificada o compartida de la regla de reconocimiento que contiene los criterios de validez del sistema»¹⁰⁸.

Por tanto, la regla de reconocimiento es una regla social, consuetudinaria, que establece una serie de pautas a los funcionarios y cuya existencia viene determinada por la aceptación de aquéllas por parte de éstos¹⁰⁹.

C) Formulación y contenido

Antes de pasar a la formulación y contenido de las reglas de reconocimiento hay que decir algo acerca de a qué tipo de normas de las

¹⁰⁶HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., pp. 126 y 136, respectivamente. Cursiva ajena al original.

¹⁰⁷HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., p. 135.

¹⁰⁸HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., p. 143. Para otros problemas relacionados con la aceptación, cfr. MACBRIDE, W.C.: «The acceptance of a Legal System», *The Monist*, 1965, 49, pp. 377-396.

¹⁰⁹Cfr., en tal sentido, HACKER, P.M.S.: «Hart's Philosophy of Law», in HACKER, P.M.S. y RAZ, J. (comps.): *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977; MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978; RAZ, J.: «La identidad de los órdenes jurídicos», cit.

que establece Hart pertenecen. Según el tipo de norma al que se adscriba, variará su formulación.

Hart únicamente indica de forma cierta que se trata de una norma secundaria, pero deja abierto el interrogante sobre si son normas de obligación o normas que confieren facultades. Esta falta de precisión ha llevado a interpretaciones muy diversas¹¹⁰.

Finnis, por ejemplo, se inclina a pensar que la regla de reconocimiento incluye una serie de elementos dispares ¹¹¹. Una de las formulaciones típicas de una regla de reconocimiento es, según el propio Hart, «lo que la Reina sanciona es derecho». Atendiendo a esta formulación, la regla de reconocimiento podría entenderse compuesta por dos ingredientes.

Por un lado, es una regla de cambio, puesto que califica los actos de ciertas personas en el tiempo *T1* como auténticos *actos* legislativos válidos («*acts in law*»). Pero, por otro lado, es también una regla de identificación que facilita el reconocimiento del resultado de aquellos actos legislativos como *normas* válidas en todos los tiempos sucesivos a *T1*.

Tampoco podría descartarse de entrada que la regla de reconocimiento sea una regla de competencia, puesto que de algún modo una regla que confiere potestades (p. ej. potestades legislativas a un Parlamento) sirve como criterio para identificar normas. Al establecer la división entre reglas primarias y secundarias, Hart dice explícitamente que las primeras imponen deberes, mientras que las segundas confieren

¹¹⁰Cfr. RUIZ MANERO, J.: *Jurisdicción y normas*, Madrid, C.E.C., 1990, pp. 113-180.

potestades. Con lo cual, si la regla de reconocimiento es una regla secundaria, sería por definición una norma que confiere potestades ¹¹². Sin duda, algunos pasajes de la obra de Hart pueden dar lugar a este tipo de interpretaciones, al no haberse pronunciado con claridad sobre este punto.

Raz, por su parte, mantiene una interpretación en virtud de la cual la regla de reconocimiento hay que concebirla, por un lado, como una regla secundaria, debido al hecho de presuponer la existencia de reglas primarias; pero, al mismo tiempo, debe entenderse que, a diferencia del resto de reglas secundarias, no confiere potestades, sino que impone deberes ¹¹³. Es decir, las normas que imponen deberes serían las reglas primarias y las secundarias de reconocimiento, mientras que las que confieren potestades serían las reglas secundarias de cambio y de adjudicación. Esta interpretación es la más adecuada, según Raz, porque es coherente con el carácter consuetudinario que las reglas de reconocimiento tienen para Hart. El razonamiento de Raz es como sigue. Hart reconoce dos tipos de normas, las que imponen deberes y las que confieren potestades. Puesto que considera que las prácticas sociales que constituyen una regla consuetudinaria no pueden conferir potestades, y puesto que la regla de reconocimiento es una regla consuetudinaria, entonces debe ser interpretada como una regla que impone deberes¹¹⁴.

¹¹¹ Cfr. FINNIS, J.M.: «Revolutions and Continuity of Law», cit., p. 58 y nota 38 en la misma página.

¹¹² Cfr. HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., p. 101.

¹¹³ Esta interpretación, según Raz, concordaría con la que el propio Hart le habría manifestado personalmente. Cfr. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, cit. p. 238.

¹¹⁴ RAZ, J.: «La identidad de los órdenes jurídicos», in *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, cit., p. 123.

De lo anterior se infiere cómo sería la formulación general de este tipo de reglas, según la interpretación dada por Raz. La regla de reconocimiento sería una regla que impone deberes a los funcionarios y que rezaría así: «todos los funcionarios tienen el deber de aplicar todas las normas y sólo las que satisfagan los siguientes criterios (...)».

Cuáles sean esos criterios dependerá de qué sea lo que acepten los funcionarios en cada caso concreto. Al establecer los criterios, quedará establecido el contenido de la regla, que será, de este modo, variable y tal vez más adaptable que la formulación kelseniana de la norma básica. En definitiva, el contenido de la regla de reconocimiento, los criterios de validez en un orden jurídico determinado, es de nuevo una cuestión empírica: «Es una cuestión fáctica aunque es acerca de la existencia de una regla»¹¹⁵.

3. Existencia e identidad del orden jurídico

Una vez analizadas las funciones y los criterios de existencia de la regla de reconocimiento de Hart, es hora de entrar a ver el papel determinante que ésta juega en relación con la existencia e identidad del orden jurídico.

A) Existencia

¹¹⁵ HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., p. 311.

Hart establece dos condiciones necesarias y suficientes para la existencia de un sistema jurídico, que, por lo ya dicho, voy a entender también como condiciones de la existencia de un orden jurídico:

1. Las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas. Esta es la única condición que necesitan satisfacer los *ciudadanos particulares*. Esta obediencia puede producirse por los motivos que sean.

2. Sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus *funcionarios* como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. Esta condición, pues, deben satisfacerla los funcionarios del sistema, los cuales tienen que ver en las reglas pautas comunes de conducta oficial y tienen que apreciar de forma crítica como errores las desviaciones propias y las ajenas. Dicho en pocas palabras, deben adoptar, en el desempeño de sus cargos, un punto de vista interno respecto a las reglas secundarias.

Esta división ciudadano/funcionario refleja el carácter complejo (reglas primarias y secundarias) de un sistema jurídico, comparado con una forma más simple de estructura social, compuesta sólo por reglas primarias ¹¹⁶. En este último caso, al no haber funcionarios, las reglas tienen que ser ampliamente aceptadas como pautas críticas para la conducta del grupo. Si el punto de vista interno no estuviera difundido ampliamente, no podría haber regla alguna. En cambio, cuando se estudia una estructura social compleja, deben separarse la cuestión de la

¹¹⁶ Cfr. *supra*, secc. 1 del presente capítulo.

aceptación de las reglas como pautas críticas, de la obediencia de las mismas por simples criterios de conveniencia.

Si esto es así, podría pensarse en un caso extremo en el que el punto de vista interno se limitara al mundo oficial. En tales circunstancias, según Hart, la sociedad resultante se asemejaría a una nación de borregos y, al igual que éstos, los ciudadanos podrían terminar en el matadero, «pero hay pocas razones para pensar que ella no podría existir o para negarle el título de sistema jurídico»¹¹⁷.

B) Identidad

A diferencia de Kelsen, el cual fundamentaba su criterio de identidad del orden jurídico en el principio de origen normativo, Hart lo basa en la aceptación, es decir, un hecho. La aceptación de la *misma* regla de reconocimiento por parte de los funcionarios del sistema es lo que dota de identidad a éste. Hart lo expresa de este modo:

Si sólo algunos jueces actuaran "por su cuenta" sobre la base de que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho, y no apreciaran críticamente a aquellos colegas que no respetasen esta regla de reconocimiento, la característica *unidad y continuidad* del sistema jurídico habrían desaparecido. Porque ellas dependen de la *aceptación*, en este punto crucial, de criterios de validez jurídica comunes¹¹⁸.

¹¹⁷ HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., p. 146.

A partir de esta afirmación y teniendo en cuenta todo lo anterior, puede inferirse en relación con el tema de la identidad del orden jurídico, al menos en *The Concept of Law*, lo siguiente:

1. En un orden jurídico debe haber una y sólo una regla de reconocimiento. Para ser más precisos, cabría decir que, aunque la regla de reconocimiento contenga distintos criterios de validez, uno de ellos debe ser considerado último y supremo. Si no hay regla de reconocimiento, no hay orden jurídico (de una sociedad desarrollada). Si hay más de una regla de reconocimiento, hay más de un orden jurídico: tantos como reglas de reconocimiento haya.

2. La identidad de un orden jurídico se mantiene mientras existe la misma regla de reconocimiento.

3. La regla de reconocimiento existe cuando es aceptada por los órganos oficiales o funcionarios (*officials*) del sistema.

Por tanto, el criterio de identidad de Hart, comparado con el de Kelsen es al menos en un punto menos formal que el de éste. Ello resulta del principio en el que está basado tal criterio.

Se recordará que en el caso de Kelsen se trataba del *principio de origen normativo*. En Hart, el principio que sustenta su criterio de identidad es el *principio de aceptación o de reconocimiento*. Este principio supone un rasgo «material», dado que en última instancia se basa en hechos y no en normas. Lo que importa ahora no es tanto la presupuesta validez de una norma hipotética que confiera validez al conjunto, sino el hecho de la aceptación de una regla que es tal, precisamente, porque se produce esta aceptación.

¹¹⁸ HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., p. 144. Cursivas ajenas al original.

De todos modos, la posición de Hart no está tampoco exenta de problemas.

4. Insuficiencias

Pueden plantearse diversas cuestiones acerca de la pertinencia de la regla de reconocimiento hartiana como criterio de identidad del orden jurídico. A continuación tomaré en consideración las relativas, primero, al carácter de la misma; en segundo lugar, al círculo vicioso en que se incurre; y, por último, a la cuestión acerca de si la regla de reconocimiento puede proporcionar una explicación plausible de los cambios de orden jurídico.

A) Carácter de la regla de reconocimiento

Se acaban de comprobar las dificultades que se presentan a la hora de intentar encuadrar la regla de reconocimiento de Hart dentro de su propio esquema.

Para empezar, los textos del autor dan pie para pensar que tal regla funciona como una regla conceptual, ya que tendría como una de sus funciones la de establecer los requisitos a cumplir para que un conjunto de normas pertenezca a un sistema. Esta es la caracterización que de ella hace, por ejemplo, Bulygin¹¹⁹.

¹¹⁹Cfr. BULYGIN, E.: «Sobre la regla de reconocimiento», in ALCHOURRON, C.E; BULYGIN, E.: *Análisis lógico y derecho*, cit, pp 383-392. Para una discusión detallada de las distintas posiciones, remito de nuevo a RUIZ MANERO, J.: *Jurisdicción y normas*, cit., pp. 113-180.

Pero resulta difícil conciliar esta interpretación con la afirmación de Hart, según la cual la regla de reconocimiento constituye el fundamento de validez del sistema. La razón es que si se concibe como una expresión metalingüística respecto de las normas, difícilmente puede ser calificada como una norma o regla de conducta.

De ahí que, como vimos, surjan tesis como la de Raz que la califican de regla que impone a los funcionarios la obligación de recurrir a sus criterios. Pero esta posición también plantea dudas, desde el momento en que Hart insiste en que los órganos «usan» la regla, no la obedecen.

Podría pensarse, entonces, que se trata de una regla conceptual que define la expresión «norma válida». Pero esta caracterización sigue siendo imprecisa. Si se tratara de una definición estipulativa, sería en cierto modo arbitraria, lo cual compagina mal con la propuesta de Hart.

Por último, cabría entender que se trata de un enunciado descriptivo que se limita a indicar los criterios utilizados por los funcionarios y, como tal, podría ser verdadero o falso. En este caso, lógicamente carecería de sentido decir que constituye el fundamento del sistema.

Sea cual sea la interpretación que se adopte, la regla de reconocimiento de Hart tiene en todo caso una dificultad añadida: lo costoso que resulta poder identificar los criterios adoptados por los funcionarios, debido a que puede ocurrir que no estén formulados explícitamente o, que formulándose, no sean los que realmente se han tenido en cuenta. La regla de reconocimiento, aun en el supuesto de ser considerado un enunciado descriptivo, pierde consistencia al comprobar

que la verdad del mismo depende de supuestos difícilmente discernibles¹²⁰. A esta crítica se le podría añadir también la ambigüedad de los conceptos de reconocimiento y aceptación.

B) Círculo vicioso

La pregunta a formular ahora es si el criterio de identidad propuesto por Hart está libre de la circularidad que caracteriza el criterio de la constitucionalidad. La respuesta debe ser negativa.

El razonamiento circular se produce si se insiste, por un lado, en que los criterios de validez los proporciona la regla de reconocimiento y, por otro, en que ésta forma parte del sistema.

Si se afirma, por ejemplo, que ciertas normas que son aplicadas por los funcionarios de un sistema S, pertenecen a S porque satisfacen los criterios de la regla de reconocimiento de S, la pertenencia a S de tal regla sólo puede demostrarse si proporciona los criterios a tenor de los cuales aquellas normas (efectivamente aplicadas por los funcionarios) pertenecen a S.

Pero, aun admitiendo la interpretación de la regla como enunciado descriptivo metasistemático, es obvio que no puede mencionar todos los criterios de pertenencia sin circularidad. Puesto que las normas de competencia son las que hacen posible calificar a ciertos individuos como funcionarios (o, más en concreto, como jueces), y dado que

¹²⁰ Cfr. CARACCIOLO, R. *El derecho como sistema. Análisis de un esquema conceptual*, Tesis doctoral inédita, pp. 78-9; también CARACCIOLO, R.: «La noción de sistema jurídico de Hart», in *La noción de sistema en la teoría del derecho*, México, Fontamara (en prensa).

únicamente cuando se sepa quiénes son funcionarios se podrá formular una regla de reconocimiento (ya que son aquéllos a través de su práctica quienes van a determinar el eventual contenido de ésta), está claro que esta regla no puede enunciar los criterios de pertenencia de las llamadas reglas de adjudicación. Salvo que se diga que las normas del sistema son las que satisfacen los criterios de la regla que resulta de la práctica de los funcionarios, que, a su vez, son funcionarios en virtud de las normas del sistema.

Otros autores han intentado eludir la manifiesta circularidad del razonamiento hartiano en este punto. Merecen destacarse en tal sentido los argumentos de Neil MacCormick, Nino y Ruiz Manero.

MacCormick propone caracterizar al «juez» en términos no de reglas de adjudicación que confieren poder jurisdiccional, sino de reglas sociales de deber. Así, este autor definirá el «rol judicial» como «el rol de toda persona [o grupo] (...) que por alguna razón: a) tiene el deber de juzgar sobre cualquier reclamación que se le plantee (...); b) tiene el deber de emitir su juicio refiriéndolo a estándares de conducta, cuya existencia como tales no está determinada por su propia elección o decisión presente (...); c) tiene el monopolio del uso justificado de la fuerza en una sociedad humana, en virtud de los estándares prevalecientes en esa sociedad»¹²¹. De este modo se rompe con la circularidad, puesto que aquí las reglas constitutivas del rol judicial no son reglas de adjudicación (de competencia) sino de deber; existen simplemente como reglas sociales, consuetudinariamente vigentes.

¹²¹MacCORMICK, N.: *H.L.A. Hart*, cit., p. 113.

El problema que presenta esta caracterización de «juez» es la siguiente. Puesto que los jueces y tribunales son órganos que, en la terminología empleada por Raz, «concentran en sus manos la autoridad de pronunciar determinaciones aplicativas de carácter obligatorio», una definición normativa de juez que no incluya esta última propiedad resulta incompleta. Pues, desde el punto de vista de su status normativo, lo que define al juez no es sólo el ser titular de deberes de los recogidos por MacCormick en a) y b), sino también el ser titular del poder de dictar determinaciones autoritativas. Y si esto es así, la definición de juez no puede dejar de hacer referencia a reglas que confieran el poder de dictar tales determinaciones autoritativas.

Nino, por su parte, opta por una definición de juez (u órgano primario en la terminología tomada de Raz) en términos no normativos, sino fácticos: «Para evitar este círculo vicioso parece que habría que caracterizar a los órganos primarios no como aquellos que están autorizados a declarar prohibidos o permitidos los actos de coacción, sino como los que de hecho pueden (en el sentido fáctico y no normativo de la palabra "poder") determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares»¹²². Este planteamiento es acreedor, según Ruiz Manero¹²³, a las mismas objeciones que el propio Hart hizo a la caracterización por parte de Bentham y de Austin del legislador en términos de obediencia habitual. Si la caracterización de «legislador» en términos de obediencia habitual no es capaz de dar cuenta de la

¹²²NINO, C.S.: *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica*, Valencia (Venezuela), Universidad de Carabobo, 1979, p. 60.

¹²³RUIZ MANERO, J.: *Jurisdicción y normas*, cit., pp. 130-132.

continuidad de la potestad creadora de derecho a lo largo de una sucesión cambiante de legisladores, la caracterización de «juez» en los mismos términos (¿cómo si no habría que entender que el juez «de *hecho puede* determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares»?) se muestra igualmente impotente para dar cuenta de la continuidad de la autoridad jurisdiccional a lo largo de una sucesión cambiante de jueces. La obediencia habitual a los jueces anteriores no puede hacer probable que las decisiones de los nuevos jueces sean obedecidas. Para realizar una presunción en tal sentido se requiere hacer referencia a la aceptación de la regla según la cual el nuevo juez tiene título para suceder al anterior en sus competencias de decisión.

Ante los problemas que surgen con estos intentos de evitar la circularidad hartiana, Ruiz Manero propone otra caracterización teórica general de «juez» que, por un lado, contenga todas las propiedades necesarias para poder hablar de tal y, por otro, sea metasistemática, es decir, no incluya referencias a reglas que pertenecen al sistema en virtud de su concordancia con los criterios de validez jurídica aceptados por los jueces. Su propuesta se concreta en la siguiente definición de «juez»: «son jueces aquellas personas (o grupos de personas, etc.) a quienes, en virtud de reglas sociales aceptadas, se considera titulares de los deberes y poderes normativos que definen el rol de juez: el deber de decidir los casos que se presentan ante ellos, el deber de hacerlo sobre la base de estándares o reglas preexistentes [propiedades a) y b) de MacCormick] y el poder de decidir los casos con carácter obligatorio»¹²⁴.

¹²⁴RUIZ MANERO, J.: *Jurisdicción y normas*, cit., p. 133.

Sin embargo, en este caso se habría suprimido la circularidad del argumento a costa, tal vez, de la plausibilidad de la definición de juez. Bulygin diría que esta definición de juez no es plausible porque los juristas y la población en general identifican a los jueces no a través de sus usos sino por las normas que les confieren competencia¹²⁵.

C) Cambio de orden jurídico

Además de las dificultades que plantea establecer cuál es su carácter y además de estar fundamentada, al menos en su formulación originaria, en un razonamiento circular, la regla de reconocimiento no resuelve satisfactoriamente el problema de la continuidad de los órdenes jurídicos. Este problema puede desglosarse, a su vez, en otros dos, que tienen que ver con la variación de la regla de reconocimiento y la necesidad de que exista una sola regla de reconocimiento para cada orden jurídico.

a) Variación de la regla de reconocimiento

Que un orden se acabe y que otro tome su lugar se manifiesta, en la doctrina hartiana, en un cambio de la regla de reconocimiento. Sin embargo, como hemos visto, la regla de reconocimiento es una regla

¹²⁵Véase al respecto la polémica entre Ruiz Manero y Bulygin en la revista DOXA. Cfr. BULYGIN, E.: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *DOXA*, 9, 1991, pp. 257-279. RUIZ MANERO, J.: «Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin», *DOXA*, 9, 1991, 281-293; BULYGIN, E.: «Regla de reconocimiento: ¿Norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero», *DOXA*, 9, 1991, 311-318.

social, que, como tal, es consuetudinaria. Esta circunstancia hace que la regla de reconocimiento esté muchas veces, salvo revolución abrupta, en un constante proceso de cambio. La pregunta, entonces, parece ineludible: ¿Qué cambios 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. En otras palabras, resultará problemático discernir entre conductas ajustadas a la regla y conductas que no lo son, ya que estas últimas siempre podrán interpretarse como los primeros balbuceos de una nueva regla, o como proyectos de reglas que no llegan a cuajar.

Otro problema relacionado con el rasgo de la variabilidad continuada de la regla de reconocimiento es el siguiente. Si la práctica de la que se induce la regla de reconocimiento es mudable, puede surgir la duda de si la regla en vigor es la correspondiente a la práctica pasada, o a la práctica que se está produciendo en el momento mismo en que nos preguntamos cuál es la regla de reconocimiento vigente. Parece que sería la correspondiente a esta última. Pero en este caso, ¿cómo es posible conocer la práctica actual sin que, irremediabilmente, cuando la conozcamos sea ya práctica pasada? ¿O es que conocer la regla de reconocimiento vigente es una cuestión de pronóstico?¹²⁶

¹²⁶ Cfr. RAMOS PASCUA, J.A.: *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, cit., pp. 189-90.

Relacionado con la modificación de la regla de reconocimiento se encuentra también la razón aducida por Raz, el cual, para negar que la regla de reconocimiento sea el elemento unificador del orden jurídico, se apoya en el hecho de que no siempre los jueces se ajustan a lo preceptuado en ella, cuando identifican las normas jurídicas válidas¹²⁷.

Pero las críticas de Ramos y Raz en este punto no me parecen convincente, 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, sí me parece que la regla de reconocimiento se hace acreedora a otra crítica en este punto. Si no se desea caer en el absurdo que supondría considerar que cada cambio interpretativo supone un cambio de orden jurídico, se requiere un criterio de relevancia, que sirva para distinguir los cambios fundamentales de aquellos que no lo son. Pienso que este criterio puede hallarse considerando la identidad del orden jurídico como una función de la identidad del régimen político y estableciendo tipologías rigurosas de regímenes. Las propiedades definitorias de cada clase de régimen ofrecen un criterio válido para saber si las variaciones acaecidas en un determinado régimen político suponen o no la pérdida de identidad del mismo. Pero para un tratamiento más

¹²⁷Cfr. RAZ, J.: «La identidad de los órdenes jurídicos», cit., p. 127.

pormenorizado de estas cuestiones remito a lo expuesto en la Segunda Parte.

b) ¿Una única regla de reconocimiento?

Otra posible crítica a la regla de reconocimiento como criterio de identidad respecto a la continuidad y el cambio de orden jurídico es la relacionada con el hecho de que un orden jurídico deba tener una y sólo una regla de este tipo. Raz ha puesto en duda este postulado de Hart¹²⁸. El razonamiento de Raz es el siguiente:

Imagínese un orden jurídico en el que no existe norma jurídica válida que haga de la costumbre o del precedente fuente de derecho, pero donde, a pesar de ello, tanto la costumbre como el precedente son fuentes de derecho. Del planteamiento de Hart se inferiría que el criterio de validez de las normas jurídicas creadas mediante la costumbre o el precedente es determinado por reglas de reconocimiento que imponen a los tribunales la obligación de aplicar tales norma jurídicas. Pero no debemos asumir que haya sólo una regla de reconocimiento sino más bien dos. Una, estaría relacionada con la costumbre y la otra con el precedente. El razonamiento de de Raz sigue hasta desembocar en el tema de la discrecionalidad de los jueces, que viene a ser siempre un criterio «último» junto al de la regla de reconocimiento.

Aunque los argumentos de Raz no son excesivamente convincentes, por la razón que después diré, la idea merece que se le

preste atención, puesto que discutir la singularidad de la regla de reconocimiento en un orden jurídico es poner en tela de juicio la función de unidad que ésta debe cumplir.

Recuérdese que la regla de reconocimiento contiene los criterios de validez jurídica del orden. Pero dado que tales criterios suelen ser diversos, como el propio Hart reconoce, y que en la práctica cada uno de ellos habitualmente aparece contenido en normas jurídicas diversas, puede parecer de sentido común preguntarse si existe más de una regla. En efecto, a poco que se preste atención a las normas positivas pertenecientes a un determinado sistema jurídico de los actualmente vigentes, se comprobará que existen bastantes candidatas a ser consideradas reglas de reconocimiento. En principio, siguiendo a Bobbio, pueden pensarse tres tipos de normas:

- Normas sobre fuentes. Son aquellas que indican cuáles son los hechos o los actos a los que se atribuye el poder de producir normas pertenecientes al sistema.

- Normas sobre la validez de las normas en el tiempo y en el espacio. Se trata de las normas que establecen dentro de qué límites espacio-temporales pueden considerarse pertenecientes al sistema las normas producidas por las fuentes autorizadas

- Normas sobre la interpretación y aplicación de normas válidas según los criterios anteriores ¹²⁹.

¹²⁸ Cfr. RAZ, J.: «La identidad de los órdenes jurídicos», cit., pp. 126-128.

¹²⁹ Cfr. BOBBIO, N.: «Normas primarias y normas secundarias» (1970), in *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres, pp. 317-332 (p. 325).

A éstas, pueden añadirse otras, como las normas que prevén las enmiendas en la constitución o, incluso, a ciertos principios que califican como jurídicas a ciertas normas no escritas¹³⁰.

De esta diversidad de normas que contienen criterios de validez jurídica algunos autores deducen que no hay razón para sostener que haya una sola regla de reconocimiento que determine todos los procedimientos de creación de normas válidas. Sería más prudente decir que hay varias reglas de reconocimiento diferentes, cada una de las cuales prescribe la validez de las normas creadas a través de cada uno de los procedimientos mencionados¹³¹.

De aceptarse lo anterior, podría parecer acertada la observación de Nino, según la cual que la regla de reconocimiento es única y unificadora del orden jurídico es tan arbitrario como afirmar que «hay una regla de reconocimiento que prescribe aplicar las normas dictadas por los parlamentos inglés y francés, viendo en consecuencia a los derechos de esos dos países como un solo sistema jurídico»¹³².

A esta última observación crítica, Hart podría responder diciendo que si la identidad de un orden jurídico depende de una regla de reconocimiento que lo unifique y que ésta existe cuando se da la práctica de aceptación por parte de los tribunales, difícilmente puede sostenerse

¹³⁰ Cfr. ECKHOFF, T.; SUNDBY, N.K.: «The Notion of Basic Norm(s) in Jurisprudence», *Scandinavian Studies in Law*, 19, 1975, pp. 121-151 (pp. 130-1).

¹³¹ Bobbio, al igual que otros autores, olvida que Hart no ha sostenido nunca que sea necesario que haya una regla de reconocimiento que especifique *todos* los criterios de validez del sistema, sino que basta con que especifique y ordene jerárquicamente todos los criterios *últimos* de validez del sistema, entendiendo por tales, todos aquellos criterios de validez que no son ellos mismos válidos ni inválidos. Cfr. al respecto las críticas que Ruiz Manero le dedica a Bobbio: RUIZ MANERO, J.: *Jurisdicción y normas*, cit., pp. 116-124.

que exista una regla de reconocimiento que unifique los Derechos inglés y francés, porque no hay ninguna práctica judicial que dé lugar a esa regla y que sirva, al menos, como indicio de su existencia. Raz, como veremos, diría que son distintos porque lo son los órganos primarios de aplicación.

En conjunto, los autores que han mantenido las críticas anteriores olvidan un punto relevante de la doctrina de Hart. Lo que para estos autores son diversas reglas de reconocimiento, para Hart se trata únicamente de distintos *criterios* que estructurados jerárquicamente dan lugar a una sola regla de reconocimiento: «La razón de que hablemos todavía de "una regla" en este punto es que, a pesar de su multiplicidad, estos distintos criterios están unificados por su estructuración jerárquica»¹³³. De este modo, Hart puede resolver con cierto éxito la dificultad que supone pensar en una regla de reconocimiento que tiene varios criterios de validez jurídica y, al mismo tiempo, sigue dotando de unidad al orden jurídico¹³⁴. Aunque aquí tal vez habría que recordar, con Ross, que si bien, por un lado, gracias a esta estructura jerárquica, es posible considerar los varios criterios de identificación como lógicamente integradas en una sola regla garantizando así la unidad lógica del sistema, por otro, esta unidad es epistemológica y no ontológica¹³⁵.

¹³² NINO, C.S.: *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 124-5.

¹³³ HART, H.L.A.: «L.L. Fuller: The Morality of Law», cit., p. 360.

¹³⁴ No resulta tampoco oportuna la posición de Scarpelli en este punto. Cfr. SCARPELLI, U.: *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982, esp. pp. 191-192. Cfr. las críticas a este autor en RUIZ MANERO, J.: *Jurisdicción y normas*, cit., pp. 149-151.

¹³⁵ Cfr. ROSS, A.: «Review of Hart's Concept of Law», *Yale Law Journal*, 71, 1961-62, p. 1185-1190. Se oponen rotundamente a que la existencia de criterios ordenados jerárquicamente sea un buen argumento para considerarlos circunscritos en una única regla de reconocimiento ECKHOFF, T.; SUNDBY, N.K.: «The Notion of Basic Norm(s) in Jurisprudence», cit., pp. 133-4.

5. Consecuencias

Como resumen, el criterio de identidad del orden jurídico propuesto por Hart se caracterizaría por los siguientes rasgos:

- En relación a si da mayor importancia al procedimiento del cambio que al contenido de las normas que cambian, podría decirse que tiene un carácter híbrido. Por un lado se concede importancia a que los cambios de normas jurídicas tengan lugar de acuerdo con lo dispuesto en la regla de reconocimiento. Pero el concepto de regla de reconocimiento (seguramente debido a su poca claridad) deja entrever que las alteraciones deben ser importantes y continuadas para que quepa hablar de cambio de regla de reconocimiento y, por ende, de cambio de orden jurídico. Pero lo que inclina la balanza a favor de considerar el criterio de Hart como formal es que las formulaciones que propone como candidatos prescindan del contenido. Una formulación tal como «Lo que la reina sanciona en Parlamento es derecho» es compatible tanto con un régimen democrático como con otro no democrático. Decidir entre uno u otro, dependerá, entre otras cosas, de *qué* es lo que la Reina sanciona en el Parlamento; es decir, del contenido, pero no del procedimiento¹³⁶.

- Como ya he dicho, frente al criterio kelseniano basado en el *principio de origen normativo*, Hart sustenta el suyo en el *principio de aceptación o de reconocimiento*. Este principio supone un rasgo

¹³⁶Pienso que es esta imprecisión a la hora de formular la regla de reconocimiento la que permite ulteriores interpretaciones en las que se «materializa» totalmente esta regla. Remito a lo dicho en relación a la propuesta de Garzón Valdés, *infra*, cap. IV de la Segunda Parte del presente trabajo.

«material», dado que en última instancia se basa en hechos y no en normas. Lo que importa ahora no es tanto la presupuesta validez de una norma hipotética que confiera validez al conjunto, sino el hecho de la aceptación de una regla que es tal precisamente porque se produce esta aceptación.

- El criterio de Hart sigue siendo, como el de Kelsen, un criterio jurídico autónomo. El razonamiento puede ser como sigue¹³⁷. Hart no da respuesta al problema de la identidad del orden jurídico porque no se plantea el problema que está en la base. Su teoría tiene respuestas completas (aceptables o no) para los problemas que parecen preocuparle, tales como el papel de los tribunales en un orden jurídico, la variedad de las normas jurídicas y su mutua relación, la verdad en cuanto al escepticismo de las normas jurídicas, la relación entre eficacia y existencia, etc. Si Hart no da respuesta completa al tema de la identidad es porque pasa por alto no sólo parte del mismo sino toda una cuestión entera, que es la relación entre derecho y Estado. Como dice Raz, la relación entre derecho y Estado afecta tanto al alcance de los sistemas jurídicos como a la continuidad de los mismos. Todo Estado (entendido como forma de sistema político) tiene un orden jurídico que forma el derecho del Estado. Como aquí interesa en especial el tema de la continuidad, hay que decir que, en virtud de que la desaparición de un Estado conlleva la desaparición de su orden jurídico y puesto que una norma jurídica que no lo es del Estado no es parte de su orden jurídico (o, mejor dicho, de los sistemas jurídicos que pertenecen al mismo), la

¹³⁷Lo tomo de RAZ, J.: «La identidad de los órdenes jurídicos», cit., pp. 129-130.

cuestión de la continuidad se ve afectada también por aquella relación entre Estado y derecho.

En esta argumentación Raz pone el dedo en la llaga, si bien hay que matizar. No se trata sólo de descuidar la relación entre derecho y Estado (lo cual afectaría en primer término al dominio de problemas relativos al tercer nivel), sino que también se olvida la relación entre el derecho y el régimen político al que éste se incorpora. Es en este último punto donde hay que hallar la razón de la falta de respuesta satisfactoria a los problemas de identidad del orden jurídico (segundo nivel). Dar cabida a cuestiones relativas al sistema político o al régimen político supondría abandonar la concepción de un criterio jurídico autónomo de identidad, que es precisamente lo que pretendo hacer en la Segunda Parte de este trabajo.

En definitiva, el criterio hartiano, a pesar de suponer un avance en relación al enteramente formal de Kelsen, sigue siendo un criterio jurídico autónomo, con lo cual le son de aplicación todas las objeciones al mismo.

Capítulo IV: El criterio del soberano: John Austin

La reconstrucción de aquella parte del pensamiento de Austin necesaria para la indagación de su criterio de identidad, puede partir de su definición de derecho positivo. Austin, después de separar la moral del derecho positivo, define a éste último en función de sus componentes: las normas jurídicas o disposiciones jurídicas. Así, según este autor, una norma jurídica (*positive law*) sería un *mandato general* emitido o establecido por alguna persona o grupo de personas, los cuales constituyen el *soberano* de una determinada *sociedad política independiente*¹³⁸.

La anterior definición permite reconstruir una noción de sistema jurídico implícita en la misma. De los elementos subrayados en la definición (mandato general, soberano y sociedad política independiente), interesan aquí especialmente los dos últimos, puesto que son los relacionados de forma más directa con el tema de la existencia e identidad de los órdenes jurídicos. Así, los criterios de existencia e identidad del orden jurídico en Austin aparecen a través del análisis de los conceptos de soberanía y sociedad política independiente por él empleados.

¹³⁸ En la versión original: «Every positive law, or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign person, or a sovereign body of persons, to a member or members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme. In other words, it is set by a monarch, or sovereign number, to a person or persons in a state of subjection to its author». Cfr. AUSTIN, J.: «The province of Jurisprudence determined», in *Lectures on Jurisprudence*, London, John Murray, 1913 (reimpreso en Scholarly Press, 1977, por donde se cita), p. 82.

1. Soberanía y sociedad política independiente

El soberano de Austin se caracteriza por dos rasgos, uno positivo y otro negativo. Positivamente, será soberano aquella persona o grupo de personas que son habitualmente obedecidas por el grueso de la población. Por su parte, a la anterior condición positiva, hay que añadir una condición negativa: el soberano no tiene el hábito de obedecer a nadie¹³⁹.

A partir de esta caracterización se pone de relieve la íntima relación que une los conceptos de soberanía y de sociedad política independiente en Austin. Una sociedad será una sociedad política independiente si el grueso de su población tiene el hábito de obedecer a uno y el mismo soberano¹⁴⁰. A su vez, el soberano es tal porque es obedecido habitualmente por el grueso de la población y él no tiene hábito de obedecer a otro.

La soberanía de Austin puede caracterizarse a partir de cuatro propiedades:

¹³⁹ Cfr. AUSTIN, J.: «The province of Jurisprudence determined», cit., p. 82: las condiciones del soberano son: «1. The bulk of the given society are in a habit of obedience or submission to a determinate and common superior (...) 2. That certain individual, or that certain body of individuals, is not in habit of obedience to a determinate human superior».

¹⁴⁰ Para el concepto de sociedad política independiente, cfr. también BENTHAM, J.: *Fragmento sobre el gobierno*, tr. cast. de J. Larios, Madrid, Aguilar, 1973, pp. 54-57.

1. Suprema. Esto significa que el poder legislativo soberano no puede ser conferido por una norma jurídica y no puede ser revocado jurídicamente.

2. Ilimitada: el poder legislativo del soberano puede abarcar cualquier cuestión y no puede estar sometido a ningún deber jurídico.

3. Unica. Para todo sistema jurídico (y para todo orden jurídico) hay uno y sólo un poder legislativo supremo e ilimitado.

4. Unitaria. Ese poder legislativo está en manos de una persona o un grupo de personas.

La presencia conjunta de estas propiedades a la hora de caracterizar al poder soberano tiene consecuencias relevantes para el presente trabajo¹⁴¹. Por lo pronto, mantener que el soberano es único supone que la soberanía es indivisible¹⁴². Si fuera divisible, supondría que remontando el origen de las normas jurídicas de un sistema podrían hallarse varios legisladores. Y si no existe ningún legislador común para todas las normas jurídicas del sistema, no existe ningún vínculo común para todas ellas, a menos que el vínculo se encuentre en otro lugar.

Del mismo modo, si el soberano fuera jurídicamente limitado, la norma que lo limitara estaría establecida por otro, con lo cual, de nuevo, no habría ningún legislador común para todas las normas jurídicas de un sistema. Aún más: si no todas las normas de un sistema son establecidas por el soberano, entonces no es lo mismo la obediencia al soberano y la

¹⁴¹Para el desarrollo y crítica de estas propiedades remito a los próximos apartados y, en especial, a la sección 4 del presente capítulo.

obediencia a las normas jurídicas del sistema. Este último punto, lógicamente, afectaría al criterio de existencia y, por tanto, al de identidad del sistema.

Pero antes de analizar más a fondo el criterio de existencia e identidad del orden jurídico propuesto por Austin, es menester decir algo acerca de ciertos puntos problemáticos de su doctrina, que aluden al hábito de obediencia, a la continuidad del derecho y a la posibilidad de un soberano limitado.

A) El hábito de obediencia

Como hemos visto, el hábito de obediencia es el requisito positivo que Austin establece respecto a los destinatarios de las normas del soberano¹⁴³. En relación a este requisito se pueden plantear dudas en cuanto a que la posición de Austin sobre este punto reproduzca fielmente algunos postulados asumidos por la mayoría de los juristas. Las dudas afectan, por un lado, a la continuidad que para crear derecho tengan una sucesión de soberanos, y, por otro, a la persistencia de las normas mucho tiempo después de que tanto el soberano que las dictó como los sujetos que le prestaban obediencia habitual hayan dejado de existir.

¹⁴²A diferencia de Bodin, de Hobbes y del propio Austin, ha habido quien ha sostenido que la soberanía es compartida. Entre estos cabe destacar a DEWEY, J.: *La reconstrucción de la filosofía*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1986, pp. 208 y ss; LASKI, H.: *El problema de la soberanía*, Buenos Aires, Dédalo, 1960.

¹⁴³Cfr. las explicaciones del hábito de obediencia recogidas en la larga nota 51 de BENTHAM, J.: *Fragmento sobre el gobierno*, cit., pp. 48-51.

El problema que plantea la sucesión de soberanos en la concepción de Austin ha sido puesto de manifiesto, entre otros autores, por Hart. Sus críticas sobre este punto podrían quedar resumidas como sigue.

Dada una sucesión legal y pacífica de soberanos (por ejemplo, entre un rey y su hijo que hereda el trono a la muerte de su padre), resulta difícil calificar de soberano al hijo hasta que no haya transcurrido el tiempo suficiente como para comprobar que sus mandatos son obedecidos habitualmente. Además, sólo cuando se haya establecido este hábito de obediencia se podrá decir que cualquier orden posterior es ya derecho y pertenece al sistema jurídico en cuestión.

Esta circunstancia indica que el esquema de Austin no da cuenta de una característica de todo orden jurídico, que es el de asegurar la continuidad ininterrumpida del poder de creación de derecho mediante reglas que sirven de puente en la transición de un legislador (soberano) a otro. Son reglas que regulan la sucesión por adelantado, determinando las condiciones que deberá tener el futuro legislador (bien sea en una monarquía absoluta, o en una democracia parlamentaria).

Por eso, siguiendo a Hart¹⁴⁴, cabe afirmar que la idea de la obediencia habitual fracasa a la hora de dar razón de la continuidad en la sucesión normal de legisladores (o soberanos) de dos modos relacionados entre sí. En primer lugar, los simples hábitos de obediencia al anterior legislador (o soberano) no pueden conferir al nuevo legislador ningún derecho a suceder al anterior y a dar órdenes en su reemplazo. En segundo lugar, la obediencia habitual al anterior legislador no puede hacer

por sí sola probable que las órdenes del nuevo legislador serán obedecidas. Para que en el momento de la sucesión existan aquel derecho y esta presunción tiene que haberse producido de algún modo en la sociedad, durante el reinado o mandato del anterior legislador, una práctica general más compleja que cualquier práctica que se pueda describir en términos de hábitos de obediencia, a saber: la aceptación de la regla según la cual el nuevo legislador tiene título a suceder. Dicho de otro modo, los hábitos de obediencia a un individuo, a diferencia de las reglas aceptadas, no son «normativos», es decir, no pueden conferir derechos o autoridad a nadie¹⁴⁵, y, al mismo tiempo, no pueden referirse por igual a una sucesión de legisladores futuros y al legislador actual, o hacer que la obediencia a aquéllos sea probable.

B) Continuidad del derecho

Otro problema no resuelto satisfactoriamente por la teoría jurídica austiniana es el relativo a la continuidad del derecho. ¿Cómo explicar, dentro de los márgenes de la misma, que una ley dictada hace siglos pueda ser derecho todavía hoy? ¿Cómo es posible que el derecho creado por un legislador ya desaparecido sea todavía derecho para una sociedad de la que no puede decirse que lo obedezca habitualmente? Como dice Hart, si antes la pregunta era ¿por qué es *ya* derecho?, ahora la cuestión es ¿por qué *todavía* lo es?

¹⁴⁴HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., p. 68-69.

¹⁴⁵Recordar las distinciones que Hart hace entre un simple hábito y una regla social. Cfr. supra, cap. III, 2), B).

La solución que Austin ofrece a esta cuestión está tomada de Hobbes¹⁴⁶, y puede recibir el nombre de tesis del «mandato tácito». Solución esta que consiste en afirmar que, si bien es cierto que una determinada norma tuvo su origen en un acto legislativo de un soberano del pasado, su condición de derecho en el presente se debe al reconocimiento como tal por el soberano actual. Este reconocimiento no adopta una forma de orden explícita, como en el caso de las normas dictadas por los legisladores actuales, sino de una expresión tácita de la voluntad del soberano: aunque podría hacerlo, el soberano no interfiere en la aplicación por parte de los tribunales de la ley dictada hace mucho tiempo.

De las diversas críticas que podrían formularse contra esta tesis¹⁴⁷, será suficiente mencionar aquí una de las que sostiene Hart¹⁴⁸.

¹⁴⁶Cfr. HOBBS, T.: *Leviathan*, cap. XXVI (consulta la edición a cargo de C.B. Macpherson: Nueva York, Penguin Books, pp. 311-335).

¹⁴⁷Véase, por ejemplo, RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, cit. pp. 59-61. El problema, interesante desde el punto de vista jurídico, puede formularse así: ¿es posible afirmar que las normas de un sistema perteneciente a un orden jurídico Oj_1 persisten en los sistemas de otro orden Oj_2 ? Este es el problema que Kelsen trata bajo la rúbrica de «recepción de normas» (KELSEN H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 138 y *La teoría pura del derecho*, cit., p. 218) y Austin como un caso de «adopción tácita» de normas. Bulygin lo resuelve distinguiendo entre pertenencia y aplicabilidad de una norma: las normas del orden jurídico del pasado pueden ser «aplicables» a situaciones del presente, sin que por ello «pertenezcan» al orden jurídico del presente (Cfr. BULYGIN, E.: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», cit., pp. 266-268). Pero se siguen planteando problemas. Por ello, Moreso y Navarro, a través de la formulación de una «cláusula de persistencia», entienden que las normas de los sistemas del orden reemplazado pertenecen al sistema originario del nuevo orden jurídico (Cfr. MORESO, J.J.; NAVARRO, P.E.: «Some remarks on the notions of legal order and legal system», cit., p. 53). Ahora, estas y otras cuestiones relativas a la identidad, en MORESO, J.J.; NAVARRO, P.E.: *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, C.E.C., 1993.

¹⁴⁸Un tratamiento crítico más pormenorizado de esta tesis, aunque en relación a las normas consuetudinarias, puede verse en HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., p. 57 y ss.

Si se quiere ser consecuente con la teoría de las órdenes tácitas, habría que afirmar que los tribunales no aplican la ley porque sea ya derecho (puesto que sólo lo será a través de su aplicación por parte de los tribunales y la aquiescencia del soberano actual). Pero esta idea compagina mal con lo que normalmente los juristas entienden por derecho. Tanto las leyes anteriores (no derogadas) como las que dicta el legislador actual se entienden que son derecho, que tienen el mismo estatus. Y ello aún antes de que se apliquen por parte de los tribunales. Como dice Hart¹⁴⁹, la teoría de que las leyes del pasado deben su actual condición de derecho a la aquiescencia del legislador actual frente a su aplicación por los tribunales, se advierte más claramente la incapacidad de esta teoría para explicar por qué los tribunales actuales han de sostener que una ley antigua es todavía derecho y que una que fue derogada no lo es. Al establecer tal distinción, los tribunales y los juristas en general «usan como criterio una o varias reglas fundamentales acerca de qué ha de considerarse derecho, que se refieren tanto a los actos legislativos del pasado como a los de la actualidad»¹⁵⁰.

De nuevo, pues, la noción demasiado simple de hábito de obediencia a un soberano no resuelve esta cuestión. Se precisa tener en cuenta una regla aceptada. Tal regla, aunque tenga que existir ahora, puede en cierto modo ser intemporal en su referencia. Puede mirar no

¹⁴⁹A pesar de la apariencia totalmente contrapuesta entre las doctrinas de Hart y de Austin, hay quien ha visto enormes semejanzas entre ambos autores. Esta es la visión de Kronman, el cual no compartiría la opinión ampliamente difundida de que las tesis de Hart son un claro avance respecto a las de Austin. Para sostener tal afirmación, se basa en la primacía que en ambos autores jugarían las sanciones. Cfr. KRONMAN, A.T.: «Hart, Austin, and the Concept of a Legal System: The Primacy of Sanctions», *Yale Law Journal*, 1975, 84(3), pp. 584-607.

sólo hacia adelante y referirse al acto de un legislador futuro, sino también hacia atrás y referirse a los actos de un legislador pasado.

C) El soberano ilimitado

Al comienzo de esta sección dije que el soberano de Austin se caracteriza por dos rasgos, uno positivo y el otro negativo. Hemos visto ya la condición positiva, consistente en el hábito de obediencia del grueso de la población. Ahora hay que decir algo acerca de la condición negativa: el soberano no tiene el hábito de obedecer a nadie. A esta condición negativa se alude al afirmar que el soberano es ilimitado. Pero hay que entender bien lo que esto significa.

En primer lugar, el soberano es ilimitado en el sentido de que no tiene límites *a su potestad legislativa*. Sólo podría haber límites a la potestad legislativa si el legislador estuviera bajo las órdenes de otro legislador a quien obedeciera habitualmente. Pero, en tal caso, el primero ya no sería soberano. Si lo es, no obedece a ningún otro legislador y, por tanto no puede haber límites a su potestad legislativa.

En segundo lugar los límites a los que se refiere Austin son límites *jurídicos*. El soberano puede ejercer la potestad legislativa haciendo concesiones, por ejemplo, a la opinión popular, por los motivos que sean. Pueden influir en él el temor a una revuelta popular o una cierta convicción moral. Pero estos casos, aunque de algún modo puedan ser vistos (aún por el propio legislador) como «límites», no son los que aquí interesan, no son límites jurídicos. El soberano no tiene el deber jurídico

¹⁵⁰ HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., p. 81.

de dictar una legislación determinada. En este sentido, los tribunales, al considerar si están o no en presencia de una norma jurídica del soberano, no utilizarán argumentos referidos a la opinión popular o a la moral, a menos que exista una orden del soberano que establezca que los tribunales deben hacer eso¹⁵¹.

Con esa caracterización del soberano Austin pretende alcanzar dos objetivos:

1. Distinguir el derecho de una sociedad determinada (las órdenes generales que emite el soberano), de otras reglas, principios, etc. que también gobiernan la vida de sus miembros.

2. Ofrecer un criterio para saber cuándo el sistema jurídico en cuestión es independiente de cualquier otro, o, por el contrario, se halla subordinado a un sistema más amplio.

Pero las tesis de Austin difícilmente cumplen tales fines. A continuación resumo las críticas de Hart al respecto¹⁵². Hart cree que no sólo es posible que exista un soberano limitado legalmente, sino que es la forma más correcta de entender el derecho en las sociedades modernas¹⁵³. Frente a la posición de Austin, sostiene:

1. Las limitaciones jurídicas a la autoridad legislativa no consisten en deberes impuestos al legislador de obedecer a algún

¹⁵¹ Austin: «And every political society must have a sovereign (one or a number) freed from *legal* restraints. For if the society is subject to a person or body not freed from legal restraints, that person or body must be subject to another person or body, and so on in a series of human authorities, which must terminate, and must therefore terminate in a person or body who *is* freed from legal restraint, and is sovereign». AUSTIN, J.: «The province of Jurisprudence determined», cit., p. 105.

¹⁵²Cfr. HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*, cit., pp. 82-88.

legislador superior, sino en incompetencias establecidas en reglas que lo habilitan para legislar.

2. Para saber si una norma es derecho no hay que remontarse a la norma sancionada por un legislador soberano e ilimitado. Lo que hay que demostrar es que fue creada por un legislador que estaba habilitado para legislar de acuerdo con alguna regla existente y que, o bien esta regla no contiene restricciones, o no hay ninguna que afecte a la norma en cuestión.

3. Para demostrar que se está ante un sistema jurídico independiente, no es menester demostrar que su legislador supremo es jurídicamente ilimitado o que no obedece habitualmente a otro. Hay que demostrar, simplemente, que las reglas que habilitan al legislador no confieren autoridad superior a quienes también tienen autoridad sobre otro territorio. A la inversa, el hecho de que el legislador no está sometido a tal autoridad extranjera no significa que tiene autoridad ilimitada en su territorio.

4. Hay que distinguir entre una autoridad legislativa jurídicamente ilimitada y una que, aunque limitada, es suprema en el sistema. Un determinado monarca, por ejemplo, puede ser la más alta autoridad legislativa conocida por el derecho de su comunidad, en el sentido de que cualquier otra legislación puede ser derogada por la suya, aun cuando la suya propia esté limitada por una constitución.

5. La única relevancia del hecho de que el legislador no obedezca habitualmente a otras personas, es que a veces puede servir de

¹⁵³Sobre otras críticas en relación a este punto pueden verse las de Raz. Cfr. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, cit. pp. 48-53.

prueba de que su autoridad legislativa no está subordinada, por medio de reglas constitucionales o legales, a la de otros. Igualmente, la única relevancia del hecho de que el legislador obedezca habitualmente a otro, es que esto puede servir para probar que, según las reglas, su autoridad para legislar está subordinada a la de otros.

Por lo que se refiere a estas críticas de Hart, hay que advertir, sobre todo en relación a la número 3, que su propia concepción no está exenta de problemas, como vimos en su momento.

2. Existencia del orden jurídico

Puesto que el orden jurídico tal como aquí se concibe es la sucesión de sistemas jurídicos, la existencia de aquél presupone la existencia de éstos. Los criterios de existencia de un sistema jurídico (y de un orden jurídico) en Austin son los siguientes. Un sistema jurídico existe si, y sólo si

1. Su legislador supremo es habitualmente obedecido. Esto es lo mismo que decir que las normas jurídicas del sistema son generalmente eficaces.

2. Su legislador supremo no obedece habitualmente a nadie.

3. Su legislador supremo es superior a los sujetos de cada una de sus normas jurídicas en relación con la sanción de tal disposición.

4. Todas las normas jurídicas del sistema son efectivamente legisladas por una persona o grupo de personas.

Como ha puesto de relieve Raz¹⁵⁴, la cuarta condición se diferencia de las otras en que ésta se refiere al ejercicio de facultades y no al cumplimiento de deberes. Se trata de la condición de la creación normativa y establece algo bastante obvio: que si un pretendido sistema jurídico es considerado como un sistema jurídico existente, sus normas tienen que satisfacer las condiciones de creación de normas.

Al margen de esta cuarta condición, hay que subrayar que el criterio de existencia de Austin se basa no sólo en el principio de *eficacia* (primera condición), sino también en la *independencia* (segunda condición) y *superioridad* (tercera condición) del legislador supremo.

Por lo que hace a la primera condición, se plantea el problema de la obediencia habitual, ya visto, y su relación con la eficacia de las normas jurídicas. En este sentido, cabe decir que obedecer al soberano significa obedecer sus mandatos. La existencia de una norma jurídica presupone que el soberano es habitualmente obedecido y, también, por tanto, que ha emitido otros mandatos, que existen otras normas jurídicas que pertenecen al mismo sistema. Por esta razón, puede afirmarse que, en el planteamiento de Austin, las normas jurídicas existen necesariamente en sistemas y no aisladamente.

3. El soberano como criterio de identidad

De lo dicho en las secciones precedentes puede extraerse el criterio de identidad del sistema y del orden jurídico propuesto por Austin. Este criterio estaría basado, como en el caso de Kelsen, en el *principio de*

¹⁵⁴ Cfr. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, cit. p. 35.

origen. Lo que cuenta a la hora de establecer la pertenencia de una norma jurídica a un sistema y la identidad del mismo es el origen de las normas jurídicas. Este origen, en el caso de Austin, es el conjunto de hechos que hacen que éstas existan. En concreto:

1. El origen de toda norma jurídica incluye un acto de legislación: una conducta deliberada que expresa un deseo de que otras personas se comporten de cierta forma.

2. El origen último de toda norma jurídica es un acto legislativo de una misma persona o cuerpo de personas. Todas las normas jurídicas tienen una fuente última y única, que es el legislador supremo.

3. La existencia continua de la fuente última es la condición necesaria para la existencia de las normas jurídicas del sistema.

4. La existencia continuada del mismo legislador supremo es condición necesaria y suficiente para la identidad del orden jurídico.

Resultan precisas algunas aclaraciones. El criterio de identidad de Austin se basa en el principio de origen legislativo y asume que todas las normas jurídicas del sistema tienen, solamente, una fuente última. Una persona o un grupo de personas es la fuente última (legislador último) de una norma jurídica si, y sólo si, es capaz de ser una fuente última de esa norma y haberla establecido directa o indirectamente. Una persona es capaz de ser una fuente última de una norma jurídica si es soberano y superior a los sujetos de tal norma. Una persona es el legislador no último de una norma jurídica si, y sólo si, es competente para crearla y efectivamente la crea, directa o indirectamente. Una persona es competente para crear una norma jurídica como legislador subordinado si, y sólo si, existe una norma jurídica que le confiera facultad para crearla a

través de ciertos actos. Una persona es legislador indirecto de una norma jurídica sólo si ésta ha sido creada mediante el ejercicio de facultades conferidas, directa o indirectamente, por una norma jurídica de la cual él es su legislador directo.

Respecto al tema de la continuidad de los órdenes jurídicos (perspectiva diacrónica), habrá que concluir que un orden jurídico deja de existir (pierde su identidad como tal) en un determinado territorio cuando su soberano, por las razones y los medios que sean, es substituido por otro. Un determinado orden jurídico dura mientras dura el mismo soberano; éste es el que confiere identidad a la sucesión de distintos sistemas jurídicos en un mismo territorio. Un orden jurídico es distinto de otro existente en el mismo intervalo temporal (perspectiva sincrónica) si, y sólo si, tiene un soberano distinto al segundo.

Por lo tanto, la existencia de uno y el mismo soberano, además de resultar indispensable para la unidad del sistema, es condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico (y de un orden jurídico) y condición necesaria y suficiente de la identidad del sistema (y del orden jurídico), tanto desde la perspectiva diacrónica, como sincrónica.

4. Insuficiencias

Puede concluirse caracterizando el criterio de identidad austriano a través de las notas que le confieren mayor o menor formalidad y que he propuesto en esta investigación como elemento de comparación entre los distintos criterios.

El criterio de identidad de Austin sería:

1. Formal, en cuanto que no tiene en cuenta para nada la importancia o relevancia del *contenido* de las normas. La identidad del orden jurídico se mantiene a pesar de que se modifique cualquier norma jurídica, siempre que tal modificación la lleve a cabo el mismo soberano o que se realice atendiendo al *procedimiento* directa o indirectamente establecido por él. En el límite, cabe pensar en la hipótesis de modificación de todas las normas jurídicas de un sistema. Aún en este caso, el orden sería el mismo si la modificación la realiza el mismo soberano (o alguien por él autorizado)¹⁵⁵. Sin embargo, parece razonable pensar que la importancia de lo que varía debería tomarse en cuenta para determinar la identidad.

2. Material, en cuanto que, a pesar de estar basado en el principio de origen, éste no lo constituye una *norma* sino un *hecho*. Se trata, pues, de un *principio de origen factual*. La existencia de un soberano, y más concretamente, los *actos* de emisión de mandatos por parte del mismo son el origen del sistema y del orden jurídico, al tiempo que sobre él (ellos) se funda su criterio de identidad.

Sin embargo este criterio de identidad basado en el principio de origen plantea problemas. El principio de origen presupone la unidad del origen último, que es tanto como decir, en el caso de Austin, la unidad de la soberanía. Pero el argumento de Austin en este punto no es muy claro.

Una forma de entender la unidad de la soberanía es pensar que la soberanía es unitaria únicamente si todos los miembros presentes del cuerpo soberano participan generalmente en todo acto legislativo. En otro caso, la soberanía estaría dividida. Cuando Austin dice que el soberano

¹⁵⁵ Cfr. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, cit. pp. 35 y 56.

en los Estados federales consiste en «los varios gobiernos unidos formando un cuerpo compuesto»¹⁵⁶, tiene por fuerza que saber que éstos no cooperan generalmente en la legislación de las mismas normas. Si esto es así, Austin sabrá que varios legisladores supremos son parte de un único soberano, sólo si éste ha establecido previamente, sobre la base de otros fundamentos, que sus normas jurídicas son parte de un solo sistema u orden jurídico.

Dicho con otras palabras, es cierto que todas las normas jurídicas de un legislador supremo pertenecen al mismo orden jurídico, pero puede suceder que hayan *otras* normas (promulgadas por otro legislador supremo, como en el caso de los parlamentos federales) que también pertenezcan al mismo orden jurídico. ¿Cómo puede sostenerse, entonces, que los dos legisladores supremos no son sino un solo soberano? Austin probablemente diría que sí, y sólo sí, un legislador supremo es jurídicamente ilimitado, entonces él es soberano; de otro modo, sería simplemente una parte del soberano. Pero, en este caso, ¿cómo se puede saber si las reglas que pretenden limitar a un legislador supremo son reglas jurídicas o meramente parte de la moral positiva¹⁵⁷? El único criterio dado por Austin es que depende de si él es soberano. Y esto constituye claramente un argumento circular¹⁵⁸.

3. Material, por cuanto el criterio de identidad no es un criterio jurídico *autónomo*, sino *heterónimo*. Entran en liza consideraciones que

¹⁵⁶AUSTIN, J.: «The province of Jurisprudence determined», cit., p. 103.

¹⁵⁷Para la distinción entre derecho positivo y moral positiva, cfr. AUSTIN, J.: «The province of Jurisprudence determined», cit., p. 60.

no son jurídicas. Es preciso, primero, establecer el concepto de sociedad política independiente (con criterios sociológicos) para poder afirmar con posterioridad la existencia de un soberano.

Sin embargo, sobre este punto Austin no es en absoluto más explícito. Quedan sin definir conceptos que parecen centrales en su teoría, como por ejemplo el concepto de sociedad. Lo único que dice Austin al respecto es que «una sociedad natural, o una sociedad en un estado de naturaleza se compone de personas que están relacionadas por interacción mutua, pero no son miembros de ninguna sociedad política»¹⁵⁹. Pero ¿cuáles son los criterios que permiten conocer quiénes son miembros de una determinada sociedad? A esta cuestión Austin responde diciendo que «una persona puede ser miembro de una sociedad dada por cualquiera de numerosas formas, o causas (...) estos modos son fijados de forma diferente en diferentes sociedades particulares, por sus diferentes sistemas jurídicos o de moral positiva particulares»¹⁶⁰.

A partir de estas escuetas citas, puede llegarse al siguiente concepto de sociedad. Constituirían una sociedad todos los sujetos de todas las normas jurídicas de un mismo legislador supremo, junto con éste. Por tanto, la sociedad la componen dos distintas clases de miembros: el soberano que dicta leyes y los sujetos a quienes éstas se dirigen.

¹⁵⁸ Cfr. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, cit. pp. 57 y 58. Para la consideración y crítica de otras posibles versiones de la unidad de la soberanía en Austin, cfr. RAZ, J.: *ibidem*.

¹⁵⁹ AUSTIN, J.: «The province of Jurisprudence determined», cit., p. 85.

¹⁶⁰ AUSTIN, J.: «The province of Jurisprudence determined», cit., pp. 145 y 146.

Frente a esta concepción, Raz ha puesto de manifiesto dos objeciones¹⁶¹:

- Se seguiría de ella que la población del mundo en su totalidad puede, en muchos casos, constituir una sociedad dada. Por ejemplo, según el derecho español, cualquier persona comete un delito si mata en España; sin embargo, un visitante ocasional del Estado español no presta obediencia habitual al derecho español.

- Supóngase que *A* es una persona que pretende soberanía sobre dos pueblos, los rojos y los verdes, y él hace a todos ellos sujetos de sus disposiciones jurídicas. De hecho, sólo los rojos le obedecen, mientras que los verdes son efectivamente gobernados por *B* y desobedecen las disposiciones jurídicas de *A*. Estaríamos dispuestos a decir que *A* es el soberano de los rojos, los cuales constituyen una sociedad independiente. Pero, de acuerdo con la definición sugerida, los verdes y los rojos son una misma sociedad (sujetos como están ambos a las normas jurídicas de *A*). Por consiguiente, o bien el grueso de la población de los dos conjuntos obedece habitualmente a *A* (lo cual puede perfectamente suceder si los rojos son más numerosos) y, en consecuencia, *A* es soberano de ambos; o bien, el grueso de los verdes y de los rojos no lo obedece habitualmente, en cuyo caso *A* no es soberano de ningún pueblo. Como dice Raz, ambos resultados son inaceptables

En resumen, el criterio de identidad mantenido por Austin (o el que emana de la reconstrucción aquí realizada) no carece de problemas por el solo hecho de ser en algunos puntos más «material» que el de Kelsen y el de Hart. Pero sí que es de destacar que, al menos

¹⁶¹ Cfr. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, cit. p. 36.

intuitivamente, da a entender que no puede determinarse la identidad del orden jurídico sin tener en cuenta algún criterio de sociedad política independiente. El hecho de que Austin no sea plenamente consciente de este punto puede deberse, entre otras razones, al hecho de no percatarse (al igual que Kelsen y Hart) de que se están mezclando niveles de discusión. Tomar al soberano como criterio de identidad tiene el inconveniente de que cualquier cambio de autoridad suprema equivaldría a un cambio de orden jurídico. Se trata de un inconveniente porque en Austin equivale también a un cambio de sociedad política, ya que, al no realizar las distinciones entre niveles que aquí he propuesto, el cambio de soberano supone tanto un cambio de sociedad política independiente (3º nivel) como un cambio de orden jurídico (2º nivel).

Capítulo V: El modelo de Joseph Raz

Raz, a diferencia de Kelsen, Hart y Austin, ha tratado de forma muy consciente los problemas relativos a la identidad de los sistemas jurídicos. No obstante, que lo haya hecho conscientemente no significa que haya procedido con la claridad requerida.

A continuación expondré con cierto detenimiento las ideas de Raz en torno a la identidad del sistema jurídico (y del orden jurídico), para proceder a continuación a su valoración crítica, destacando tanto sus indudables aciertos como los pasajes más oscuros de su modelo y aquellos que resultan más insatisfactorios. Como siempre, empezaré por una breve reconstrucción de los puntos imprescindibles de la doctrina del autor que ayuden a comprender mejor su posición en torno al tema que nos ocupa.

1. El concepto de sistema jurídico

A) Sistemas jurídicos momentáneos y continuos

Raz realiza la distinción entre lo que llama sistema jurídico momentáneo y sistema jurídico continuo. A veces, éste último también recibe el nombre de sistema jurídico «no momentáneo», o, simplemente, «sistema jurídico».

Un sistema momentáneo, según Raz, es «un sistema jurídico en un tiempo determinado»¹⁶² y, por tanto, «contiene todas las disposiciones [normas] jurídicas de un sistema válido en cierto momento»¹⁶³. Pero estas normas generalmente no son, según Raz, todas las normas jurídicas del sistema. Para mostrarlo, pone el siguiente ejemplo: una norma jurídica inglesa legislada en 1906 y derogada en 1927 y una norma jurídica inglesa legislada en 1948 pertenecen al mismo sistema jurídico. Sin embargo, razona el autor, no existe ningún sistema jurídico momentáneo al que ambas disposiciones pertenezcan, porque nunca fueron válidas en el mismo momento.

Así, pues, Raz concibe un sistema momentáneo como una subclase de un sistema jurídico. En sus propias palabras:

Para todo sistema jurídico momentáneo existe un sistema jurídico que contiene todas las disposiciones jurídicas del sistema momentáneo. Dos sistemas momentáneos diferentes que son subclases de un sistema jurídico pueden encimarse o, inclusive, ser idénticos en sus disposiciones [normas] jurídicas, o bien, pueden no tener ninguna disposición [norma] jurídica en común¹⁶⁴.

Esta distinción entre sistemas jurídicos momentáneos y continuos puede parecer a primera vista la misma que he realizado al comienzo del trabajo. Así, cabría pensar que el sistema momentáneo se

¹⁶² RAZ, J.: «La identidad de los órdenes jurídicos», cit., p. 109.

¹⁶³ RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, cit. p. 55.

¹⁶⁴ RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, cit. p. 55.

refiere a lo que aquí vengo denominando sistema jurídico o primer nivel, mientras que el concepto de sistema jurídico continuo se correspondería con el de orden jurídico o segundo nivel. Sin embargo las cosas no están tan claras.

Recuérdese que en el primer capítulo mencioné el hecho de que la relación entre el sistema jurídico y el orden jurídico (por usar la terminología aquí empleada) podía concebirse como una relación de pertenencia o de inclusión. Dije igualmente que aquí la entiendo como una relación de pertenencia¹⁶⁵. Sin embargo, Raz no es nada claro en este punto. Bulygin así lo indica: «No es claro que para Raz un orden jurídico (un sistema jurídico en su terminología) es una clase de sistemas jurídicos momentáneos, o una clase de normas, esto es, si la relación entre un sistema jurídico momentáneo y un orden jurídico es la de pertenencia o de inclusión»¹⁶⁶. Efectivamente, esta duda se plantea al leer las líneas citadas más arriba en las que, junto a declaraciones tales como que el sistema jurídico momentáneo es una *subclase* de un sistema jurídico (lo que induciría a pensar que la relación en cuestión es de inclusión), aparece la idea de que los conjuntos de normas que constituyen los distintos sistemas momentáneos, en cambio, *pertenecen* al mismo sistema jurídico continuo (lo que parece propio de una relación de pertenencia); en este último caso el sistema continuo es un conjunto de conjuntos. La definición de sistema momentáneo como «sistema jurídico en un tiempo determinado» abonaría esta última interpretación.

¹⁶⁵Cfr. supra, cap. I, 2), B).

¹⁶⁶BULYGIN, E.: «Tiempo y validez», cit. p. 197, nota 7.

Hay más dudas. Al margen de la cuestión acerca del tipo de relación que se establezca entre el sistema jurídico y el orden jurídico, ¿es cierto que ambos conceptos, tal como aquí se han definido, se corresponden con los de sistema jurídico momentáneo y continuo, respectivamente, esbozados por Raz? Bulygin parecería inclinarse por una respuesta afirmativa, cuando reconoce a Raz el mérito de haber sido el primero en darse cuenta de la importancia de esta distinción. Así, afirma: «la distinción entre "sistemas jurídicos" y "sistemas jurídicos momentáneos" (...) se refleja en mi distinción entre "orden jurídico" y "sistema normativo"»¹⁶⁷.

Sin embargo, la poca precisión de Raz en este punto y su única insistencia en el factor temporal podría dar pie a una interpretación algo diferente de su distinción. Así, podría afirmarse que un sistema momentáneo queda definido a partir del momento temporal que se escoja y esto tiene alguna relevancia en cuanto al cambio de este sistema. Según la tesis de Bulygin y la que aquí se ha sostenido, un sistema jurídico cambia cuando aumenta o disminuye el número de sus componentes, es decir, cuando se incorpora una nueva norma al conjunto o cuando alguna norma es derogada. En cambio, los textos de Raz dan pie a una interpretación según la cual, dos sistemas jurídicos son distintos simplemente porque son válidos o vigentes en dos momentos temporales distintos, y ello con independencia de que las normas de los mismos sean idénticas.

Las consecuencias a las que conducen ambas posiciones pueden diferir en algún punto. Así, para Bulygin es teóricamente posible que dos

¹⁶⁷ BULYGIN, E.: «Tiempo y validez», cit. p. 197, nota 5.

sistemas jurídicos pertenecientes al mismo orden jurídico en distintos momentos temporales sean idénticos en contenido, siempre y cuando no se trate de sistemas jurídicos inmediatamente sucesivos. Para Raz, de aceptarse esta última interpretación, los sistemas jurídicos S_1 y S_2 , vigentes, respectivamente, en los tiempos t_1 y t_2 , pueden ser idénticos en contenido y ser sucesivos. En otras palabras, la propiedad relevante para el cambio de S_1 a S_2 sería t y no la aparición de una nueva norma o la derogación de otra previamente existente.

Más allá de estas dudas queda por hacer una última puntualización, respecto a la distinción entre sistemas jurídicos momentáneos y continuos. Puesto que Raz (igual que Bulygin) no establece una ulterior diferenciación entre orden jurídico (segundo nivel) y orden estatal (tercer nivel), tratará de forma indisoluble cuestiones pertenecientes a estos dos niveles distintos, como mostraré al hablar de su criterio de identidad del orden jurídico.

B) Razones para la acción e identidad del sistema jurídico

Raz también concibe al sistema jurídico como un sistema de razones para la acción (puesto que las normas jurídicas pueden definirse en tal sentido). En este caso, la cuestión de la identidad estriba en saber cuáles son las razones *jurídicas* de un mismo sistema jurídico. Una razón será jurídica, según Raz, si cumple tres condiciones¹⁶⁸:

¹⁶⁸Cfr. el «Postscriptum» que Raz añade a la segunda edición de su *The Concept of Legal System*. Cfr. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, cit. pp. 254 y 255.

1. Si es una razón aplicada y reconocida por los órganos primarios de aplicación.

2. Estos órganos primarios están obligados a aplicarla de conformidad con sus propias prácticas y costumbres.

3. Las razones jurídicas son tales que su existencia y contenido puede ser establecidos únicamente sobre la base de hechos sociales, sin recurrir a argumentos morales. Esta es la tesis de las fuentes.

Para comprender el sentido y alcance de estas condiciones hay que decir algo acerca de los órganos primarios de aplicación y sobre la tesis de las fuentes.

a) Organos primarios de aplicación

La mayoría de los juristas teóricos está de acuerdo en que uno de los rasgos definitorios del derecho estriba en que éste constituye un sistema normativo institucionalizado. En este sentido, las instituciones a las que se suele prestar atención son las instituciones creadoras de normas (parlamentos, asambleas constituyentes, etc.) y las instituciones aplicadoras de normas (tribunales, policía, etc.).

La tesis de Raz al respecto es que, mientras la existencia de instituciones creadoras de normas no es un rasgo necesario de todos los órdenes jurídicos (aunque sea característico de los órdenes jurídicos modernos), la existencia de cierto tipo de instituciones aplicadoras del derecho sí lo es. Veamos, pues, cómo las caracteriza.

Para empezar, según Raz, las instituciones aplicadoras de normas son instituciones *normativas*, establecidas por normas y a éstas

hay que acudir para resolver los problemas relativos a su identidad. Más que por las funciones que realizan, tales instituciones deben identificarse por la forma en que lo hacen.

En segundo lugar, a Raz le interesa identificar una subclase dentro de los funcionarios públicos que aplican normas. A estos efectos, los funcionarios públicos pueden dividirse en dos clases (aunque pueden haber más), que recibirán el nombre de instituciones ejecutoras de normas y órganos primarios de aplicación.

Las *instituciones ejecutoras* de normas se caracterizan por ser aquellas que aplican normas sin crear otras. Su misión es implementar físicamente las normas. Ejemplos de ellas lo constituyen las instituciones penitenciarias cuando dan cumplimiento a lo que dispone una sentencia, los funcionarios públicos a los cuales se les ordena derruir una casa contra la que se ha emitido una orden de demolición, etc. En estos casos se ejecuta físicamente el derecho.

Según Raz, aunque todos los órdenes jurídicos regulan el uso de la fuerza y descansan, en última instancia, en ella para asegurar el cumplimiento de sus normas, no todos necesitan tener órganos ejecutores. Puede, en efecto, que un orden jurídico deje el cumplimiento de una sentencia a las propias partes del proceso. En estos supuestos, los particulares no están legitimados a utilizar la fuerza cuando lo deseen. Deben recabar y obtener de los tribunales la aquiescencia para ello. Un sistema de este tipo, dice Raz, es obviamente un sistema jurídico. No tiene órganos ejecutores, pero tiene otras instituciones aplicadoras de normas que le aseguran ser considerado un sistema jurídico. Raz llamará

a estas instituciones «órganos *primarios* de aplicación», precisamente para destacar su importancia.

Los *órganos primarios* se ocupan de las determinaciones (decisiones o declaraciones) autoritarias o autoritativas (*authoritatives*) de conformidad con las normas preexistentes. Los tribunales, por ejemplo, tienen facultades para pronunciar una determinación autoritaria de la situación jurídica de las personas. En cambio, los particulares pueden expresar su opinión al respecto, pero sus opiniones no son obligatorias. Por eso, puede decirse que los *órganos primarios* de aplicación son «instituciones con facultades para determinar la situación normativa de individuos específicos»¹⁶⁹.

El propio Raz realiza una serie de puntualizaciones a lo anterior, de las que únicamente voy a destacar la siguiente. Los sistemas jurídicos no son identificados sólo por el hecho de que contienen normas que confieren facultades para pronunciar determinaciones aplicativas de carácter obligatorio. Los sistemas jurídicos deben contener normas que confieren tales facultades a *instituciones*, es decir, a *órganos centralizados* que concentran en sus manos la autoridad de pronunciar determinaciones aplicativas de carácter obligatorio.

A partir de ahí el razonamiento de Raz le llevará a caracterizar el sistema jurídico (en contraposición a otros sistemas normativos e incluso institucionalizados) a partir de tres propiedades, sobre cuyo desarrollo no voy a entrar¹⁷⁰. Así, según Raz, los sistemas jurídicos se caracterizan por ser *comprehensivos* (pretenden autoridad para regular cualquier tipo

¹⁶⁹RAZ, J.: «La naturaleza institucional del derecho», in *La autoridad del derecho*, cit., p. 142.

de comportamiento), por pretender ser *supremos* (pretenden autoridad para regular el establecimiento y aplicación dentro de la comunidad a él sometida de otros sistemas institucionalizados) y por ser *abiertos* (contienen normas cuyo propósito es otorgar fuerza obligatoria dentro del sistema a normas que no pertenecen a él).

b) La tesis de las fuentes

Para completar la caracterización de los sistemas jurídicos como sistemas de razones para la acción, es preciso analizar, junto a la referencia a los órganos primarios (que ayudan a explicar las dos primeras condiciones que Raz propone para considerar que una razón es una razón jurídica), la tesis de las fuentes. Esta tesis constituye, como vimos, la tercera condición que debe cumplir una razón para ser jurídica.

Las dos primeras condiciones explican que las razones jurídicas establecen la pretensión de ser autoritariamente obligatorias sobre los miembros de una sociedad. La tercera, recuérdese, consiste en sostener que las razones jurídicas son tales que su existencia y contenido puede ser establecida únicamente sobre la base de hechos sociales, sin recurrir a argumentos morales¹⁷¹.

Para empezar, hay que establecer lo que entiende Raz por «fuente» del derecho. Una norma jurídica tiene una fuente si su contenido y existencia puede ser determinado sin usar argumentos morales. Las

¹⁷⁰Cfr. RAZ, J.: «La naturaleza institucional del derecho», pp. 150-155.

¹⁷¹Cfr. RAZ, J.: «El positivismo jurídico y las fuentes del derecho», in *La autoridad del derecho*, cit. pp. 55-73.

fuentes de una norma jurídica son aquellos hechos en virtud de los cuales ésta es válida y su contenido es identificado. Este sentido de «fuente» es más amplio que el que podría denominarse «formal». Según este sentido formal, las fuentes son las que establecen la validez del derecho (leyes, precedentes judiciales, etc). «Fuente», tal como lo usa Raz, comprende también fuentes «interpretativas», es decir, todos los materiales interpretativos relevantes. Así entendida, la fuente del derecho no es nunca un acto individual aislado, como por ejemplo de legislación, sino toda una gama de hechos de variedad de tipos¹⁷².

Dicho esto, se puede empezar estableciendo una distinción que es fundamental para entender el entramado teórico de Raz en torno a la tesis de las fuentes. En el debate sobre cómo deben comportarse los miembros de una sociedad cabe distinguir entre el nivel deliberativo y el ejecutivo. En el primero se evalúa el mérito relativo de los cursos de acción alternativos. En el segundo, se excluye tal evaluación. Habiendo decidido en la etapa deliberativa qué hacer en ciertas circunstancias, lo que queda por resolver es una cuestión de memoria (recordar qué acción se decidió llevar a cabo y en qué circunstancias) y de identificación (comprobar si la presente es una acción del tipo en cuestión y si se trata de las circunstancias especificadas), así como un elemento residual de opción que es dejado como indiferente en la conclusión del estadio deliberativo.

La tesis de las fuentes sostiene que la existencia de esta distinción entre etapa deliberativa y etapa ejecutiva es una condición necesaria para la existencia del derecho. El derecho existe, según esta

¹⁷²Cfr. RAZ, J.: «El positivismo jurídico y las fuentes del derecho», in *La autoridad del derecho*, cit. p. 67.

tesis sostenida por Raz, únicamente en sociedades en las cuales existen instituciones judiciales que reconocen tal distinción, esto es, se ven obligadas a reconocer y aplicar ciertas razones no en virtud de que ellas las hubieran aprobado, si se le hubiera confiado la cuestión en el estadio deliberativo, sino porque consideran su validez como autoritariamente establecida por costumbre, legislación o decisiones judiciales previas, de forma que la cuestión planteada en el litigio de que conocen en los tribunales, se entiende que se produce en el estadio ejecutivo. Cuando esto sucede, los tribunales no manejan argumentos morales sobre lo deseable de considerar cierto hecho (como la legislación previa) como una razón para la acción, sino que, una vez establecida la existencia del derecho relevante a través de argumentos neutrales desde el punto de vista moral, la tendrán como una razón que están obligados a aplicar. Por eso puede concluir Raz diciendo: «Únicamente razones que obligan a los tribunales de esta manera, *i. e.*, únicamente razones "ejecutivas", razones cuya existencia puede ser establecida sin invocar razones morales, son razones jurídicas»¹⁷³.

Por supuesto, se imponen algunas aclaraciones. En primer lugar, la tesis afirma que las razones jurídicas son razones de tipo ejecutivo tenidas por válidas por los tribunales, pero no se pronuncia sobre la bondad o corrección de tales razones. En segundo lugar, no se dice que todas las consideraciones que los tribunales reconocen y aplican sean hechos identificables sin recurrir a argumentos morales. La única afirmación es que de las consideraciones que los tribunales legítimamente reconocen, únicamente las que cumplen con las condiciones anteriores

¹⁷³RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, cit. p. 256.

son consideraciones jurídicas. Los tribunales también actúan y están facultados para actuar en virtud de consideraciones extra jurídicas¹⁷⁴.

A diferencia de Kelsen, el cual entendía que las normas jurídicas son normas dirigidas a los tribunales¹⁷⁵, Raz sostiene que no todas las razones jurídicas son razones para la acción de los tribunales. Las razones jurídicas se dirigen a todo tipo de agentes, aunque todas ellas tienen en común que los tribunales están obligados a reconocerlas y a derivar conclusiones apropiadas sobre la conformidad o no a ellas.

Por último, hay que destacar que la tesis de las fuentes se refiere al análisis del concepto de derecho (y por ello precisamente tiene interés aquí) y no pretende aportar argumentos relativos a cuál *debe ser* la importancia relativa de las consideraciones jurídicas y extrajurídicas en las decisiones judiciales.

Visto lo anterior es momento de entrar a analizar los criterios de existencia e identidad del orden jurídico propuestos por Raz¹⁷⁶.

2. Existencia del orden jurídico

A) Existencia e identidad

La principal aportación de Raz a los temas de la existencia e identidad de los sistemas jurídicos estriba, como se verá, en su intento de

¹⁷⁴Cfr. RAZ, J.: «Derecho y valor en la decisión judicial», in *La autoridad del derecho*, cit. pp. 227-261.

¹⁷⁵Cfr. KELSEN, H.; *Teoría general del derecho y del Estado*, cit. p. 34.

aportar claridad en la problemática que afecta a los mismos. Es preciso decir que este autor separa los problemas relativos a la identidad de los que hacen referencia a la existencia.

Al estipular que los criterios de identidad sólo identifican conjuntos de enunciados que constituyen, *si son verdaderos*, descripciones completas de un sistema jurídico, entonces el problema de la existencia de los sistemas jurídicos puede ser separado del problema de la identidad. Los criterios de existencia de los sistemas jurídicos se ocupan de proporcionar un método para determinar *cuándo* una descripción completa es una descripción verdadera, ya que esto es tanto como preguntarse acerca de cuándo el sistema jurídico efectivamente existe¹⁷⁷.

En la próxima sección me detendré en los problemas de identidad. Ahora es el turno del análisis de las cuestiones relativas a la existencia de los sistemas jurídicos.

B) El criterio de la eficacia

Para autores como Kelsen y Austin, el criterio de existencia de un sistema jurídico se puede formular así: un sistema jurídico existe si, y sólo si, alcanza un mínimo de eficacia.

En Kelsen, la eficacia de un sistema está en función de la eficacia de sus normas, pero nada dice acerca de esta conexión ni de

¹⁷⁶Para un análisis muy completo de la problemática que encierra la concepción de las normas jurídicas como razones para la acción, cfr. BAYON, J.C.: *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, C.E.C., 1991.

cómo hay que determinar el grado de eficacia. Recuérdese, sobre este punto, las palabras de Kelsen: «...bajo la noción de eficacia de una norma jurídica (...) no ha de entenderse únicamente el hecho de que esa norma sea aplicada por órganos jurídicos y, en especial, por los tribunales (...), sino también el hecho de que esa norma sea acatada por los sujetos sometidos al orden jurídico»¹⁷⁸.

Kelsen, pues, distingue dos modos en los que una norma jurídica puede ser eficaz: por medio de su *aplicación* y a través del *acatamiento* de su contenido.

Recuérdese que Austin, por su parte, mantiene que un sistema jurídico existe si, y sólo si, 1) su legislador supremo es obedecido; 2) su legislador supremo no obedece habitualmente a nadie; 3) su legislador supremo es superior a los sujetos jurídicos en relación con toda norma jurídica. Esta tercera condición no se halla en Kelsen y realmente es irrelevante¹⁷⁹.

Para Austin, obedecer las normas siempre es obedecer al legislador, con lo cual no da cuenta de los casos en que, desaparecido el legislador soberano, los ciudadanos siguen obedeciendo las normas que aquél creó. Además, al hacer depender la existencia de un sistema de la obediencia a un legislador y al negar la existencia de norma jurídicas que se apliquen al legislador supremo, Austin se ve forzado a asumir que todo cambio de soberano significa un cambio de orden jurídico, aunque esta conclusión no esté explícitamente formulada por el autor.

¹⁷⁷RAZ, J.: «La identidad de los órdenes jurídicos», cit., p. 109.

¹⁷⁸KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*, cit., p. 25. Recordar además lo dicho en supra, cap. II, 1), D).

¹⁷⁹Cfr. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, cit. pp. 122-123.

Kelsen, en cambio, se deshace del soberano. Cabe interpretar que, según él, cada caso de obediencia al derecho es relevante para la existencia del sistema jurídico. De esta manera un cambio de legislador supremo no afecta, por sí mismo, la continua existencia del orden jurídico. Sólo se produce el nacimiento de un nuevo orden jurídico si el cambio de legislador supremo es inconstitucional. De esta manera, reemplazando la obediencia personal al soberano por la obediencia a las normas jurídicas y a la aplicación de sanciones, Kelsen está en condiciones de mejorar el criterio de Austin respecto a la existencia de un orden jurídico. Pero hay que recordar que ambos criterios tienen en común el hecho de hacer de la eficacia de un sistema jurídico (y, por tanto, del orden) el criterio de su existencia.

C) Una crítica a la eficacia como criterio de existencia del orden jurídico

La posición de Raz en este punto sigue a Bentham y a Hart. Como estos autores, Raz ponen en duda que el principio de eficacia, por sí solo, pueda funcionar como criterio de existencia del orden jurídico. Su posición puede resumirse en 6 tesis o recomendaciones, de las cuales las tres primeras y la primer mitad de la cuarta están tomadas de Bentham¹⁸⁰ y las tres últimas se pueden encontrar en Hart¹⁸¹:

¹⁸⁰Cfr. BENTHAM, J.: *A Fragment on Government*, Oxford, Blackwell, 1960. Hay tr. cast. de Julián Larios Ramos: *Fragmento sobre el gobierno*, Madrid, Aguilar, 1973.

¹⁸¹Cfr. HART, H.L.A.: *El concepto de derecho*, cit., pp. 140-146. Véase también supra, cap. III, 3), A).

1. Evitar simplificar en exceso el recuento de las normas que hay que tomar en consideración.

Ningún método de contabilidad, según Raz puede tener mucho sentido. Pone algunos ejemplos: ¿Cómo deben contarse los casos de desobediencia? ¿Cómo debe contarse el número de oportunidades de obedecer al derecho? ¿Cuántas oportunidades de no cometer un homicidio tiene una persona durante un año? Y aunque se lograra establecer un método de contabilidad apropiado, que alguien deje de matar quinientas veces, cometa homicidio en una, y deje de pagar en tres ocasiones el impuesto sobre la renta, ¿eleva el porcentaje de eficacia? Si es así, ¿en cuánto?

2. Atribuir diferente peso a diferentes ilícitos.

Parece que no todas las violaciones de normas jurídicas deben tener el mismo peso en relación a la existencia de un orden jurídico. No es lo mismo el homicidio del Jefe del Estado que el homicidio de un particular.

3. Tomar en cuenta circunstancias e intenciones jurídicamente irrelevantes.

Conectado con lo anterior, parece que la intención que se persigue al desobedecer una norma también tiene relevancia. Compárese, por ejemplo, el efecto que puede tener el no pagar impuestos como un acto de desobediencia civil y el mismo ilícito cometido por un evasor ordinario.

4. Tomar en consideración el conocimiento del derecho y su influencia en el comportamiento de los individuos.

No está claro que la mera conformidad con una norma jurídica deba ser equiparada con la obediencia que implica al menos algún conocimiento del derecho, o, incluso, con la obediencia que implica que su existencia afecta las decisiones de la persona acerca de cómo debe comportarse.

5. Tomar en cuenta también el uso de facultades y no sólo el cumplimiento de deberes.

La eficacia se suele referir a normas que establecen el cumplimiento de deberes. Pero ¿qué ocurre con las normas que confieren facultades?, ¿no hay que tomarlas en cuenta en relación a la existencia de un orden jurídico? Piénsese en los países en los que votar es un derecho (no una obligación jurídica), una abstención masiva en las elecciones parlamentarias de estos países ¿hay que considerarla menos relevante que un mitin público ilegal?

6. Atribuir mayor importancia a las normas constitucionales

Según Raz, el orden jurídico existente no es siempre aquel al cual se le presta un mayor grado de obediencia. Pueden haber casos muy dudosos (como el ejemplo que él pone sobre Rhodesia en 1968). Este caso puede ser interpretado como de equilibrio en eficacia entre el viejo orden y el nuevo. Puede suceder que muchas normas penales creadas a partir de 1968 no fueran obedecidas, con lo cual se inclinaría la balanza a favor del orden anterior como el realmente existente. Sin embargo, la eficacia de una sola norma constitucional de gran importancia que

sustituyó a la anterior, según Raz, puede determinar que era el orden posterior a 1968 el existente en Rhodesia¹⁸².

D) Otras sugerencias

A las anteriores consideraciones añade Raz un conjunto de sugerencias que, más que solucionar el problema de la existencia de los órdenes jurídicos, permite delimitar distintos problemas relativos a este tema y apuntar alguna vía de tránsito para abordarlos.

Según Raz, deben distinguirse dos cuestiones:

1. ¿Existe un sistema jurídico en cierta sociedad?
2. Asumiendo que así sea, ¿cuál es?

La primera cuestión puede ser interpretada, a su vez, de dos maneras:

a) Dado que S es un sistema normativo que existe en cierta sociedad, ¿es S un sistema jurídico?

b) ¿Alguna descripción completa de un sistema jurídico describe un sistema jurídico que existe en una sociedad dada?

Sobre a) ya vimos en la sección anterior la solución que proponía Raz. Ahora veremos, sobre todo, su planteamiento respecto a b).

Las cuestiones a) y b) requieren, cada una de ellas, un conjunto de pruebas distinto. Para a), se trata del conjunto de pruebas al que Raz llama «preliminar». Aquí todas las normas jurídicas del sistema son relevantes, aunque no hay razón para pensar que todas lo sean de igual

¹⁸²Cfr. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, cit. pp. 243-245.

modo. Habrá que tomar en consideración tanto la obediencia al derecho privado, como al público. Al tomar en consideración el uso que se hace de las facultades jurídicas no es relevante toda oportunidad que no es aprovechada para ejercerlas, sino únicamente aquellas en las cuales se podría esperar su uso, por representar, por ejemplo, una ventaja manifiesta para la persona involucrada. El conocimiento del derecho es más importante para la eficacia de las normas facultativas que para la de las normas que imponen un deber.

Así pues, la prueba preliminar es una prueba de la eficacia general (en un sentido muy lato) de los sistemas jurídicos. Muchos sistemas pueden pasar esta prueba y ser considerados eficaces en una sociedad. En estos casos puede ser necesario usar el segundo conjunto de pruebas que permitan hallar cuál de los sistemas eficaces existe en la sociedad. La razón es que, como ya dijimos, el hecho de que uno de dos sistemas jurídicos sea más eficaz que otros (porque supera la prueba preliminar) no es suficiente para saber si el sistema existe. Para ello se requiere otro conjunto de pruebas al que Raz llama «de exclusión».

El procedimiento a seguir es el siguiente. Antes de aplicar la prueba, hay que determinar que los dos sistemas jurídicos en consideración son realmente mutuamente excluyentes. En una misma sociedad, como dice Raz, pueden coexistir dos sistemas jurídicos, como por ejemplo el estatal y el religioso, que, a pesar de que en algunos casos entren en colisión, son perfectamente compatibles. Pero, ¿cómo se sabe que dos sistemas jurídicos son compatibles?

Ello depende, ante todo, de las formas de organizaciones sociales de las cuales ellos son parte (por ejemplo, una tribu, un Estado,

una religión, etc.). En general, cada organización social de cierto tipo es incompatible con las otras organizaciones del mismo tipo, pero puede coexistir con la de otros tipos (los Estados son compatibles con religiones, pero no con otros Estados). En segundo lugar, la compatibilidad de los sistemas jurídicos depende del grado que entren en conflicto (ciertas religiones pueden proscribir el reconocimiento de cualquier autoridad no religiosa, por ejemplo).

Una vez se llega a la conclusión de que ambos sistemas son incompatibles, corresponde a la prueba de exclusión determinar cuál de ellos existe en esa sociedad. Según Raz, esta prueba atribuye especial importancia a las actitudes y acciones de los individuos hacia el Estado o hacia cualquier otra forma de organización social de la cual el sistema jurídico en cuestión es una parte integral. Es aquí donde cobran relevancia las intenciones de los individuos al violar ciertos deberes, al ejercitar o abstenerse de ejercitar facultades jurídicas. También tiene especial importancia para la prueba de exclusión la eficacia de las normas constitucionales, es decir, el funcionamiento de órganos aplicadores del derecho y órganos creadores del derecho importantes, y la eficacia de otras normas jurídicas que posean carácter político. Esto, además, varía de un sistema jurídico a otro. Raz concluye: «un sistema jurídico existe siempre en cierto momento o durante un cierto período. Tiene que recordarse, sin embargo, que la prueba de eficacia y exclusión producen resultados únicamente si son aplicados durante un cierto período mínimo de tiempo»¹⁸³.

¹⁸³ RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, cit. p. 248.

Esta última afirmación apoya la idea de que se está hablando de orden jurídico o de orden estatal, según nuestra terminología. Una vez se comprueba que el orden jurídico o el orden estatal existió durante un cierto tiempo, se puede afirmar también la existencia de cualquier sistema jurídico (momentáneo, en la terminología de Raz) del período en cuestión. Esta visión de la determinación de la existencia concuerda con la aquí sostenida (si bien en sede de identidad): la determinación de la existencia del orden estatal y del orden jurídico es condición necesaria para determinar el sistema jurídico. Sobre esta cuestión volveré en la última sección del presente capítulo, al hacer el balance crítico del modelo de Raz

3. Identidad del orden jurídico

Al igual que sucede con el tema de la existencia del orden jurídico, la mayor aportación que hace Raz a las cuestiones relativas a la identidad consiste en distinguir e intentar aclarar los diferentes problemas que le afectan. También aporta soluciones, pero éstas, como se verá, no pueden considerarse enteramente satisfactorias.

A) Delimitación de la problemática

Raz entiende que hay que separar dos aspectos completamente distintos cuando se habla del problema de la identidad. Se trata del alcance o extensión (*scope*) de un sistema jurídico y el de su continuidad.

Las cuestiones que se plantean en relación al alcance o extensión son del tipo: ¿La norma N_1 forma parte del sistema S_1 ? Mientras que las cuestiones sobre la continuidad se refieren a los procedimientos a través de los cuales los sistemas jurídicos dejan de existir y son reemplazados por un sistema nuevo. Es importante citar los ejemplos que da Raz: «¿la revolución, el golpe de Estado, o una declaración de independencia acaban con la existencia de un orden jurídico señalando el surgimiento de otro?»¹⁸⁴.

Obsérvese que de estos ejemplos, algunos estarían relacionados, según la posición que he sostenido en este trabajo, con problemas de identidad del orden jurídico o segundo nivel (revoluciones, golpes de Estado), mientras que otros tienen que ver con la identidad del orden estatal o tercer nivel (declaración de independencia). Además, tales problemas afectan sólo a la identidad vista desde la perspectiva diacrónica. Raz, pues, no toma en cuenta la perspectiva sincrónica y los problemas que desde ella se plantean. Sobre esta carencia y aquella confusión de niveles volveré más tarde.

Una vez establecida la distinción entre el problema del alcance o extensión y el de la continuidad, Raz apunta que el primero se concreta en la búsqueda de los criterios de identidad de los sistemas jurídicos momentáneos (sistemas jurídicos en la terminología aquí empleada), en tanto que el segundo consiste en la búsqueda de los criterios que proporcionan un método para determinar si dos sistemas jurídicos momentáneos son parte del mismo sistema jurídico continuo (orden jurídico y orden estatal, para nosotros).

¹⁸⁴RAZ, J.: «La identidad de los órdenes jurídicos», cit., p. 109.

Raz dedica mayor espacio a discutir los problemas relativos al alcance o extensión. Pero aquí interesa ver su posición respecto al tema de la continuidad, tal como ha quedado formulado. Por este motivo, paso a relacionar el punto de vista de Raz acerca de esta cuestión, después de recordar algunas de las posiciones ya examinadas en anteriores capítulos.

B) Hacia una solución alternativa

En su momento vimos las soluciones al problema de la identidad implicadas por las doctrinas de Kelsen y Austin. Ambas admiten que el hecho de que dos sistemas jurídicos contengan muchas normas jurídicas idénticas en contenido no es prueba suficiente de que pertenezcan al mismo orden jurídico.

La solución de Austin implica que la identidad del legislador último de las normas jurídicas de dos sistemas jurídicos es necesaria y suficiente para que éstos pertenezcan a un solo orden jurídico.

Por su parte, Kelsen evita algunas de las debilidades de esta posición. Para él, el factor decisivo es la constitucionalidad de la creación de las normas jurídicas de un sistema jurídico en relación a otro. El criterio de identidad de Kelsen presupone que ningún sistema jurídico contiene una norma jurídica originaria que no pertenezca también al primer sistema jurídico del mismo orden jurídico.

Raz rechaza el criterio de la continuidad constitucional de las normas jurídicas como criterio de identidad del orden jurídico. Opina que éste es tan sólo uno de los factores, y no el más importante, que

repercute en este tema. Otro factor lo constituye el contenido de la norma jurídica no autorizada. Así, podría decirse, en una primera aproximación, que la creación de una nueva norma originaria interrumpe la continuidad de un orden jurídico únicamente si es una norma constitucional de gran importancia.

No obstante, para Raz, ni la continuidad constitucional de las nuevas normas jurídicas ni su contenido son condiciones necesarias o suficientes para establecer la continuidad o no de un orden jurídico. Los órdenes jurídicos son siempre órdenes jurídicos de formas complejas de vida social, tales como religiones, Estados, regímenes, tribus, etc. Los sistemas jurídicos constituyen uno, pero únicamente uno, de los rasgos definitorios de éstas. Cambios significativos e inconstitucionales del derecho pueden ser suficientemente importantes para establecer una alteración en la identidad social de la cual el sistema jurídico es parte; pero otros factores tienen también que ser tomados en cuenta. En definitiva, la identidad del orden jurídico «depende de la identidad de las formas sociales a las cuales aquél pertenece». El criterio de identidad de los ordenes jurídicos, por tanto, es determinado «no únicamente por consideraciones jurídicas o teórico jurídicas, sino también por otras consideraciones que pertenecen a otras ciencias sociales»¹⁸⁵. Por tanto, Raz parece proponer la necesidad de hallar un criterio de identidad que no sea jurídicamente autónomo¹⁸⁶.

¹⁸⁵RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, cit. p. 227..

¹⁸⁶En el mismo sentido parece expresarse Finnis, cuando afirma que «the continuity and identity of a legal system is a function of the continuity and identity of the society in whose ordered existence in time the legal system participates» (FINNIS, J.M.: «Revolutions and Continuity of Law», cit. p. 69). Las «otras ciencias

Este es el punto decisivo en Raz y lo que hace que, para él, la problemática que afecta a la continuidad del orden jurídico deba enmarcarse en el tema de la relación entre derecho y Estado.

Según Raz, todo Estado tiene un orden jurídico que constituye el derecho del Estado. Puesto que la identidad del orden jurídico está vinculada con la del Estado, cuyo derecho constituye, la relación entre derecho y Estado necesariamente afecta al aspecto del alcance o extensión del problema de la identidad. Pero, al mismo tiempo, en virtud de que la desaparición de un Estado conlleva la desaparición de su orden jurídico y puesto que una norma jurídica que no es una norma jurídica del Estado no puede ser parte de su sistema jurídico, el aspecto de la continuidad se ve igualmente afectado por la relación entre Estado y derecho.

Hay que aclarar en qué sentido emplea aquí Raz el término «Estado». No lo usa para designar una cierta persona jurídica a la que el derecho reconoce ciertos derechos y deberes, y que actúa a través de ciertos órganos. Más que un concepto jurídico, es «un concepto político de Estado, como una forma de sistema político (...), el único relevante para el problema de la identidad»¹⁸⁷.

A partir de ahí la concepción de Raz es como sigue. Un Estado es la organización política de una sociedad, esto es, un sistema político que constituye un subsistema de un sistema social más amplio. El sistema social contiene otros subsistemas y el sistema político está en interacción

sociales» a las que propone acudir Finnis, basándose en Eric Voegelin, son la historia y la ética. Por mi parte, en la Segunda Parte de este trabajo sugeriré explorar las posibilidades que ofrece la teoría política.

¹⁸⁷RAZ, J.: «La identidad de los órdenes jurídicos», cit., p. 130, nota 34.

con parte de ellos. El sistema social y el político son sistemas normativos, en el sentido de que, al menos, parte de los patrones de interrelaciones que constituyen estos sistemas es gobernado por normas¹⁸⁸.

El sistema jurídico es sólo parte de las normas que constituyen el sistema político; la mayoría de los sistemas políticos contienen muchas normas no jurídicas. Estas normas políticas¹⁸⁹ no jurídicas pueden ser de aplicación general a toda la sociedad (de forma que, por mucho que el sistema sea odiado, si éste es viable, entonces se basa entre otras cosas en normas de respeto hacia ciertas normas jurídicas y ciertas autoridades por parte de, al menos, importantes sectores de la sociedad) o tener un alcance más limitado (como son las llamadas por Dicey «convenciones constitucionales»¹⁹⁰).

Según Raz, de las anteriores observaciones se sigue que, puesto que la continuidad del orden jurídico se encuentra vinculada a la continuidad del sistema político, entonces el primero se ve afectado por la suerte de las normas no jurídicas que se encuentran formando parte del sistema político. Sin embargo, enfatizar la importancia que tienen para la

¹⁸⁸Para una elaboración más completa de este esquema me permito remitir a la segunda parte de este trabajo. Cfr. infra, especialmente, cap. II.

¹⁸⁹Según Raz, «puede decirse que las normas políticas son parte del Derecho si se encuentran apoyadas por las autoridades políticas y pueden ser aplicadas por las instituciones autoritativas de aplicación de normas» («Entrevista con Joseph Raz», a cargo de Ruiz Manero, *DOXA*, 9, 1991, p. 337).

¹⁹⁰Dicey las define así: «customs, practices, maxims, or precepts which are not enforced or recognised by the courts, make up a body not of laws, but of constitutional or political ethics». A pesar de la amplitud de la definición, tales convenciones tienen una nota en común que hace que su alcance sea más restringido del que aparenta, ya que son «rules for determining the mode in which the discretionary powers of the Crown (or the Ministers as servants of the Crown) ought to be exercised» (DICEY, A.V.: *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, reimpr. de la 10ª ed. de 1959, Londres, Macmillan, 1985, pp. 417 y 422-423, respectivamente). La 1ª ed. de esta obra es de 1885.

continuidad del orden jurídico las normas no jurídicas del sistema político, no significa que éstas sean los únicos factores que afectan a la continuidad. Lo que quiere destacar Raz es que, sea cual sea la forma que adopte una explicación última sobre la continuidad (que el cambio de orden se debe a un corto e intenso período de cambio fundamental, o bien que resulta de una lenta y gradual transformación), la misma tiene que basarse, debido a la relación entre derecho y Estado, en los dos puntos siguientes:

- Primero, la continuidad depende de la interacción de las normas jurídicas y de las no jurídicas y de la extensión y forma de su cambio.

-Segundo, que de entre las normas jurídicas existen algunas que son más relevantes que otras. Puesto que la continuidad de los órdenes jurídicos es fundamentalmente una función de la continuidad de los sistemas políticos, las normas jurídicas de contenido político son más relevantes que otras; por ejemplo, los derechos constitucional y administrativo son más importantes que el derecho contractual o el de responsabilidad civil¹⁹¹.

Ahora es el momento de hacer el balance crítico del modelo de Raz y, en especial, de sus aportaciones al tema de la identidad del orden jurídico.

4. Insuficiencias

Mis opiniones acerca del modelo de sistema jurídico diseñado por Raz y, sobre todo, de sus tesis acerca de la identidad pueden quedar resumidas en los siguientes puntos:

1. En su momento ya mencioné las dificultades con las que tropieza la distinción entre sistemas jurídicos momentáneos y sistemas jurídicos continuos. En primer lugar, no está claro si la relación entre ambos es de inclusión o de pertenencia, y, en segundo lugar, también hay dudas de que esta distinción se corresponda exactamente con la aquí mantenida entre sistema jurídico y orden jurídico.

2. Sea como fuere, una cosa es cierta: Raz realiza una distinción entre dos «niveles». Ello le permite matizar mucho más que Kelsen, Hart o Austin, los problemas implicados en la identidad de los sistemas jurídicos. Sin embargo, al no distinguir un tercer nivel, trata mezcladas cuestiones que merecerían un tratamiento analítico separado. Ya se ha visto que hablaba indistintamente de revoluciones, golpes de Estado y declaraciones de independencia como eventos sobre los que cabía preguntarse si ponían fin a un sistema jurídico continuo y daban lugar a uno nuevo. Me parece que se gana en claridad y en precisión si en vez de sistema jurídico continuo, se toma en consideración la separación entre orden jurídico (segundo nivel) y orden estatal (tercer nivel). Así, las revoluciones y los golpes de Estado afectarían al orden jurídico, mientras que las declaraciones de independencia pondrían en cuestión la identidad del orden estatal, entendido como unidad política independiente.

¹⁹¹Cfr. RAZ, J.: «La identidad de los órdenes jurídicos», cit., pp. 129-134.

3. Además de lo anterior, Raz únicamente contempla los problemas de identidad de los sistemas jurídicos desde una perspectiva diacrónica. La propia terminología del autor al hablar de sistemas jurídicos «continuos» revela el énfasis que pone en esta perspectiva. En el presente trabajo también trato de forma privilegiada la dimensión que he llamado 2D. Pero ello no es óbice para reconocer una de las tesis en las que más he insistido: las cuestiones que se pueden plantear a través de una perspectiva sincrónica son también relevantes para el tema de la identidad, y no reciben una solución satisfactoria en los niveles 1 y 2, si no se solucionan antes las relativas al ámbito 3S.

4. Dado que Raz insiste en la separación tajante entre el concepto de existencia y el de identidad, no estará de más recordar las relaciones que se dan entre ambos. En tal sentido, cabe afirmar que la identidad de un sistema se pone de manifiesto a través de las normas que lo componen. Por tanto, no pueden entenderse como conceptos absolutamente independientes. En este sentido, la existencia de un sistema jurídico es una condición necesaria para que pueda hablarse de su identidad.

5. La conexión entre existencia e identidad se pone una vez más de manifiesto si se recuerda que lo mismo que he mantenido respecto a la identidad puede decirse de la existencia. Este es un punto en el que ya he destacado mis coincidencias con Raz, si bien la opinión de éste no está expresada de forma explícita. Se trata de la tesis según la cual la existencia (y por tanto la identidad) del orden estatal y del orden jurídico son condiciones necesarias de la existencia (e identidad) del sistema jurídico, y no al revés como a veces puede parecer. Un sistema jurídico

existe *en* un orden jurídico y éste, a su vez, existe *en* un orden estatal. O, como voy a tratar de mostrar más adelante, estas relaciones pueden entenderse de la siguiente manera empleando terminología política: sin una unidad política independiente (orden estatal), no hay régimen político (orden jurídico), y sin régimen político, no hay sistema jurídico¹⁹².

6. A pesar de la distinción que realiza Raz entre sistemas jurídicos momentáneos y sistemas jurídicos continuos, a veces no es consecuente con ella.

Raz, en relación con lo visto en secciones anteriores, dice que «el análisis de las condiciones de existencia así como de las condiciones de identidad de los sistemas jurídicos depende de las reglas que gobiernan el funcionamiento de las instituciones primarias y su comportamiento efectivo»¹⁹³. Parece, pues, que de algún modo la presencia y actuación de los órganos primarios, así como las reglas que lo gobiernan, tienen que ver con la existencia e identidad de los sistemas jurídicos.

Pero aquí ¿qué significa «sistema jurídico»? En este punto hay que recordar una vez más que, de los autores analizados hasta ahora, Raz es quien percibe los problemas de mayor alcance implicados en el tema de la identidad de los sistemas políticos. Sólo en él, en efecto, tiene pleno sentido diferenciar el criterio de identidad propuesto para los sistemas jurídicos momentáneos (que, con las matizaciones realizadas, se corresponde con el primer nivel tal como aquí se ha definido) del

¹⁹²En este punto debo recordar, no obstante, el carácter empíricamente contingente del tercer nivel, como ya puse de manifiesto en el primer capítulo.

¹⁹³RAZ, J.: «La naturaleza institucional del derecho», cit., p. 144.

mantenido en relación a la identidad del sistema jurídico continuo (mezcla del segundo y tercer nivel aquí tratados). Por eso, la pregunta anterior puede recibir, lógicamente, dos respuestas:

a) Sistema jurídico como sistema jurídico continuo. De ser así, la afirmación según la cual la existencia y la identidad de éste se determinan a partir de las reglas que gobiernan el funcionamiento de los órganos primarios entraría en contradicción con otra tesis de Raz. Esta tesis, tal como se verá en 7, consiste en sostener que el criterio de identidad de un sistema jurídico continuo no puede ser un criterio jurídico autónomo.

b) Sistema jurídico como sistema jurídico momentáneo. Esta interpretación salvaría la contradicción anterior, pero no evitaría las críticas. El problema que se plantea ahora es saber a qué llama Raz «órgano primario de aplicación». Esto ya se vio en su momento. No obstante, sigue en pie una cuestión. Si como el propio Raz afirma, las instituciones aplicadoras de normas son instituciones *normativas*, es decir, establecidas por normas, no es posible conocer cuáles son los órganos primarios hasta que no lo establezcan las normas correspondientes. Son normas jurídicas pertenecientes por tanto a un sistema jurídico las que atribuyen las competencias de aquellos órganos y las que dicen cuáles son. Por consiguiente, difícilmente puede servir como criterio de identidad de sistemas jurídicos momentáneos un concepto para cuya determinación se requiere previamente saber cuál es el sistema jurídico en cuestión¹⁹⁴.

7. El punto más destacable de Raz en relación al tema de la identidad de los sistemas jurídicos creo que lo constituye su acertada

visión de que no es posible establecer un criterio formal de identidad tal como aquí se ha definido.

No puede ser procedimental, por cuanto es necesario tener en cuenta el contenido de las normas modificadas. No cabe que sea un criterio basado en el principio de origen normativo (ni siquiera factual), ya que es mejor acudir al aspecto de la aplicación (o el reconocimiento como Hart) de las normas más que a su creación. Pero, sobre todo, la aportación más valiosa es la de haberse dado cuenta que no cabe establecer la identidad de un orden jurídico en función de un criterio jurídico autónomo. De ahí su rotunda frase del Prefacio a la edición española de *The Concept of a Legal System*: «Sostengo que los límites temporales de un sistema jurídico, *i. e.*, el momento de su comienzo y el de su desaparición no pueden ser determinados por criterios jurídicos, sino que dependen de consideraciones sociales y políticas»¹⁹⁵.

Por esa razón, a pesar de las confusiones que se encuentran en el itinerario planteado por Raz, creo que esta es la senda por la que hay que transitar. Voy a intentar recorrer una porción de ella en la Segunda Parte de este trabajo.

¹⁹⁴En el mismo sentido, cfr. NINO, C.S.: Introducción al análisis del derecho, cit., p. 128.

¹⁹⁵RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, cit. p. 6. El prefacio está fechado en julio de 1985.

SEGUNDA PARTE: EL ENFOQUE DE LA TEORIA POLITICA

Capítulo I: Hacia un criterio material de identidad

1. La conexión entre derecho y política

En la introducción mencioné la necesidad de tomar en cuenta, para el tema genérico de la identidad de los sistemas jurídicos, la relación entre Estado y derecho, o, lo que es lo mismo, entre política y derecho. El caso es que nadie parece negar que derecho y política están estrechamente conectados¹⁹⁶, pero, a veces no se está dispuesto a sacar las oportunas consecuencias de esta admitida relación.

¹⁹⁶En este sentido ha escrito Nino: «La acción de los constituyentes, la de los legisladores, la de los jueces, y también la de la población en general en cuanto sigue la orientación de los primeros puede verse como una acción colectiva (...). Lo que permite individualizar a la acción colectiva en que consiste la práctica jurídica de cierta sociedad es la referencia intencional de alcanzar este fin *por medio de esa misma práctica colectiva*». Y concluye: «El concebir a las decisiones y acciones jurídicas como contribuciones a prácticas o acciones colectivas implica reconocer la naturaleza esencialmente política del derecho. El derecho tiene una conexión directa con la política, ya que cualquier acción o decisión jurídicamente relevante que se tome debe hacerse computando estratégicamente las acciones o decisiones de otros, que se dieron en el pasado, se realizan contemporáneamente o se darán en el futuro. El derecho es una empresa esencialmente cooperativa —aun en un régimen jurídico autoritario— puesto que no hay efecto jurídico que pueda lograrse sin la colaboración de otros. Por lo tanto, toda acción jurídica es una acción política en el sentido de que debe tomar en cuenta las acciones, reacciones, actitudes, expectativas de otros, en la medida en que ellas tengan a su vez poder para determinar nuevas acciones, reacciones, actitudes y expectativas (sobre todo en cuanto ellas incidan en el manejo del aparato coactivo)». Referencia tomada de NINO, C.S.: *Derecho, moral y política* (inérito).

El presente trabajo es un intento de tomarse en serio la vinculación entre derecho y política, en el sentido de considerar que aquél depende en gran medida de ésta. Ello, unido a la división de niveles que he establecido, permite precisar tal vinculación con correspondencias de nivel a nivel. Así, al segundo nivel normativo (orden jurídico) le correspondería un nivel político (régimen político), mientras que al tercer nivel normativo (orden estatal) le correspondería otro nivel político (Estado, entendido como unidad política independiente).

En la próxima sección especificaré cómo se manifiesta la dependencia entre derecho y política en el tema más específico de la identidad del orden jurídico. Por ahora baste decir, al respecto, que puede entenderse que los cambios de orden jurídico dependen 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. La conexión entre orden jurídico y régimen político puede fundamentarse en el hecho de que parece difícil pensar que cambie el orden jurídico sin que cambie el régimen político y viceversa. Por supuesto, comprender el alcance de estas afirmaciones requiere un estudio más pormenorizado de los conceptos de «cambio» y de «régimen político». El desarrollo de este estudio constituye, precisamente, el contenido primordial de esta Segunda Parte.

Una última observación preliminar. No hay que entender la propuesta de criterio material que aquí se sostendrá como una cuestión ontológica o esencialista. Quien lo desee puede seguir manteniendo un criterio formal de identidad, de tal modo que el cambio de constitución

originaria (Bulygin) o la inconstitucionalidad de los cambios (Kelsen) den lugar a un nuevo orden jurídico. Pero, como ya vimos, al usar criterios formales aparecen ciertas perplejidades que son las que los autores discuten. Y se discuten seguramente porque dejan sin respuesta problemas que parecen relevantes. El criterio material que propondré va encaminado a dar cuenta de los problemas que están en el origen de las perplejidades. En última instancia, la cuestión es si hay que tomarse en serio o no la vinculación entre derecho y política.

2. Propuesta de reducción parcial de la teoría del derecho

En la primera parte de esta investigación he sugerido una separación en niveles y perspectivas de cuestiones que se relacionan normalmente con la identidad del sistema jurídico. He sostenido que a menudo tales cuestiones reciben una única respuesta al no diferenciarlas correctamente y que algunas de las respuestas dadas por significativos teóricos del derecho no resultan convincentes. La tesis aquí mantenida es que las respuestas no son convincentes debido al carácter formal de los criterios de identidad, y, en concreto, debido al hecho de constituir criterios jurídicos autónomos. De aceptarse las conexiones entre derecho y política así como las consiguientes correspondencias entre niveles que he propuesto, tales cuestiones pueden recibir respuestas más adecuadas desde el ámbito de la teoría política.

Es, pues, momento de intentar la búsqueda de criterios materiales de identidad. Para ello propongo una reducción parcial de la teoría del derecho.

Llamo reducción de una teoría a la operación mediante la cual algún término significativo de una teoría se define en función de algún término de otra para poder así aplicar el instrumental analítico de esta última. La reducción puede ser total o parcial. Es total, si todos los términos centrales de una teoría se definen en términos de otra. Es parcial, si sólo algunos de los términos centrales de una teoría se definen en términos de otra¹⁹⁷.

Mi propuesta consiste en definir lo que hasta ahora he llamado identidad del orden jurídico en términos de identidad del régimen político. De este modo se podrá aplicar los instrumentos analíticos que la teoría política ha generado para el estudio de los regímenes políticos. Así, estipularé que el orden jurídico se mantiene si y sólo si se mantiene el régimen político. O, dicho de otro modo, el orden jurídico cambia si y sólo si cambia el régimen político. El estudio de la identidad y el cambio de régimen político será el objeto de estudio de esta segunda parte.

Por otro lado, propongo definir el orden estatal en términos de Estado, entendido como sistema político independiente. Así, estipularé que el orden estatal se mantiene (o cambia) si y sólo si se mantiene (o cambia) el Estado¹⁹⁸. No obstante, puesto que los problemas de tercer nivel no son el objeto específico del presente trabajo, voy a dar por

¹⁹⁷Tomo la idea de reducción de Hempel, si bien este autor distingue entre reducción de términos y reducción de leyes (científicas), que no coincidiría con la distinción entre reducción total y parcial mencionada en el texto. Resulta útil ver el examen que realiza de dos ejemplos clásicos de reducción (que podríamos llamar total), como son el de vitalismo/mecanicismo y psicología/conductismo (Cfr. HEMPEL, C.G.: *Filosofía de la Ciencia Natural*, tr. cast. de A. Deaño, Madrid, Alianza, 1979, pp. 148-161).

supuesto que existen criterios para discernir cuándo en una determinada sociedad se ha constituido un sistema político independiente (requisito previo desde el punto de vista conceptual) y voy a concentrar mi atención, como queda dicho, en los problemas relativos a la identidad del orden jurídico (régimen político).

Además, en relación a los problemas de identidad de segundo nivel, aquí interesa su estudio desde la perspectiva diacrónica, puesto que, como ya dije en su momento¹⁹⁹, la respuesta a las cuestiones de identidad desde el punto de vista sincrónico sólo obtienen adecuada contestación en el tercer nivel. Por tanto, la cuestión a resolver en esta parte del trabajo puede formularse así: ¿cuándo se mantienen (o cambian) los regímenes políticos? De aceptarse la reducción propuesta, los resultados que se obtengan servirán también para dar respuesta a los problemas relativos a la identidad del orden jurídico entendido como sucesión de sistemas jurídicos.

3. Teoría política y ciencia política

En lo que sigue voy a entender por teoría política la parte teórica de la ciencia política. Esta afirmación, sin embargo, requiere ciertas precisiones que ayuden a deslindar el ámbito propio de la teoría política tanto del correspondiente a la filosofía política como del relativo a la investigación empírica.

¹⁹⁸Pienso que la propuesta de Kelsen de definir el Estado en términos «puramente» jurídicos puede ser interpretada como una reducción de signo inverso a la aquí propuesta. Este proceder, como ya vimos, crea ciertos problemas (como el de la eficacia) cuando quiere acomodar su modelo a la realidad.

A) Filosofía política y teoría política

En modo alguno existe acuerdo sobre lo que deba significarse con la expresión «filosofía política». En la mayoría de los casos, se la usa indistintamente junto a «teoría política»²⁰⁰. Unas veces adopta un papel normativo, como cuando se quiere indicar con ella el estudio del mejor gobierno posible, recomendar valores políticos específicos o incluso ideologías (piénsese en los clásicos, de Platón a Rousseau). Otras, se refiere a un análisis conceptual, libre de valoraciones. Así la define, por ejemplo, John Horton, el cual entiende el análisis conceptual no como una clase de lexicografía o resumen de los empleos comunes de palabras en particular (apartándose con ello de la tradición de la filosofía lingüística de Oxford), sino «la aclaración y examen de conceptos centrales a la vida y al discurso político, tales como poder, autoridad, soberanía, libertad, igualdad y derecho entre otros»²⁰¹. La cosa se complica cuando, junto a la tarea de análisis conceptual la filosofía política cumple también una función normativa, lo cual ha ocurrido en la mayoría de los autores «clásicos» de la disciplina.

Por mi parte, distinguiré entre el estudio filosófico (en el sentido de análisis conceptual) en que consiste el presente trabajo, y los estudios

¹⁹⁹Cfr. supra, Capítulo I de la Primera Parte.

²⁰⁰Como ocurre, por ejemplo, en la recopilación de ensayos: A. QUINTON (ed.): *Filosofía Política*, México, F.C.E., 1974, sobre todo los dos primeros: PLAMENATZ, J.: «La utilidad de la teoría política» (pp. 34-51) y PARTRIDGE, P. H.: «Política, filosofía, ideología» (pp. 52-83).

²⁰¹HORTON, J.: «La filosofía política y la política», in LEFTWICH, A. (ed.): *¿Qué es la política? La actividad y su estudio*, México, F.C.E., 1986, p. 218.

de teoría política, que constituyen precisamente el objeto del análisis conceptual. Del mismo modo que en la Primera Parte la investigación versaba acerca de ciertos conceptos empleados por diversas teorías del derecho, en esta Segunda Parte se procederá al análisis de algunos conceptos propios de la teoría política. No obstante, la expresión «teoría política» también es ambigua. Por ello su uso requiere alguna aclaración adicional.

B) Teoría política e investigación empírica

En el ámbito político, se habla a menudo de «teoría» política, de «doctrinas» políticas y de «ideologías» políticas. ¿Cómo establecer un mínimo de claridad en este tema?

Para empezar, por «teoría» puede entenderse un término, cuyo significado abarca a todo lo que sea saber. La teoría, en este sentido, puede ser tanto filosófica como científica. Si es así, calificar un conjunto de proposiciones de «teoría política» no dilucidaría si la teoría en cuestión es filosófica o científica; precisaría únicamente que se requiere un alto nivel de elaboración mental. Se entiende que está por encima, intelectualmente hablando, de otras manifestaciones o productos mentales, a los que de algún modo se considera de inferior valor.

En el dominio político se dice con frecuencia que lo que está por debajo de la teoría es la «doctrina». Una doctrina política tendría, así, una menor categoría intelectual o heurística que una teoría política. Y ello es así también porque la etiqueta «doctrina» suele aplicarse a propuestas o programas en los que importa menos el fundamento teórico que el

proyecto concreto. Pero la doctrina política está, a su vez, por encima de lo que serían las meras opiniones y la ideología²⁰², que se caracterizarían por su falta de valor cognoscitivo. Así, simplificando mucho, cabe decir que teorías, doctrinas e ideologías se sitúan entre sí en un orden jerárquico que va de un máximo a un mínimo de valor cognoscitivo, y a la inversa, de un mínimo a un máximo de valor voluntarista²⁰³.

Hechas las anteriores precisiones hay que decir que aquí se entenderá por teoría política la que pretende aportar a la ciencia política empírica precisión en la conceptualización, definición de problemáticas y métodos a emplear. La teoría política, pues, se halla a un nivel superior de abstracción respecto a los resultados de las investigaciones de la ciencia política empírica.

Sobre su importancia y necesidad baste con reproducir las palabras de uno de los más afamados teóricos políticos contemporáneos:

Teoría es una palabra imprecisa y elástica. Para algunos la teoría es teoría filosófica y por lo tanto filosofía. Y hay incluso quien mantiene, en el otro extremo, que quien hace teoría no hace ciencia. Se ha creado de este modo una diferenciación excesiva entre una teoría filosófica que es toda idea y nada hechos, y una ciencia empírica toda

²⁰²Aquí, por «ideología» no hay que entender la acepción marxista del término, según la cual la ideología o falsa conciencia sería todo el saber que no sea «verdadera» ciencia (es decir, no burguesa). Aquí se toma «ideología» en el sentido de un subproducto simplificado y cargado emotivamente de determinadas filosofías o doctrinas políticas.

²⁰³Para un análisis más preciso de estas distinciones, cfr. SHKLAR, J.N.: *Political Theory and Ideology*, Nueva York, Macmillan, 1966.

hechos y nada ideas. A esta diferenciación yo contrapongo una teoría intermedia, una teoría vinculante en la cual las ideas son verificadas por los hechos y, viceversa, los hechos son incorporados en ideas. Una ciencia de la política pobre de teoría y enemiga de la teoría es simplemente una ciencia pobre²⁰⁴.

Para entender cabalmente la cita anterior es preciso recordar que en los primeros pasos de la ciencia política, como por lo demás también sucedió con otras ciencias sociales, se ha pecado de «hiperfactualismo»²⁰⁵, es decir, la recopilación de datos no dirigida por criterios teóricos de relevancia. Existía, sobre todo en el período comprendido entre las dos guerras mundiales, una monopreocupación que llevaba a experimentar con diversas técnicas de recopilación de datos utilizables. La cantidad de tiempo y de trabajo invertidos en la recopilación de datos, alentaba a la exploración continua de los métodos empleados, pero marginaba la producción teórica.

A partir de la segunda guerra mundial el panorama empezó a cambiar, si bien no del todo (como demuestran lo reciente de la última afirmación citada de Sartori). Se empezaron a acumular paulatinamente un grupo de estas nuevas indagaciones teóricas. Ahora bien, pueden ser candidatos a llevar el nombre de teoría estudios bien distintos en cuanto a su alcance y nivel de abstracción. Muchos de tales estudios se limitan a hipótesis muy restringidas sobre pequeños segmentos de la conducta política; o bien abordan diversos ámbitos algo más amplios de

²⁰⁴ SARTORI, G: «Prólogo» a *Elementos de Teoría política*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, pp. 9-10.

fenómenos, como los que se encuentran en determinados conjuntos de instituciones políticas (por ejemplo, en los partidos, en la conducta gubernamental o en las opciones electorales). Sin embargo, la teoría que aquí interesa es la que representa en la ciencia política, lo que en otros campos (por ejemplo, en el derecho) se ha denominado teoría general, en contraposición a la teoría parcial o especial²⁰⁶.

Por tanto, teoría política como teoría general de la ciencia política. Entre sus funciones destacarían las de servir de guía para la investigación empírica resumiendo lo que se haya descubierto hasta el momento y sugiriendo la procedencia o la significación de las nuevas investigaciones propuestas. Igualmente, la teoría debe servir como incentivo para la creación de nueva información en tanto que, sobre la base de sus proposiciones teóricas, puedan efectuarse operaciones lógicas que extiendan los horizontes de la comprensión y explicación de los fenómenos políticos.

Las funciones que se asignan a la teoría política ponen de relieve la conexión entre ésta y la investigación empírica. Por eso es lógico pensar que a medida que se perfeccionan y agudizan cada vez más las técnicas de investigación rigurosa, la teoría política defina su propia tarea de tal modo que pueda brindar proposiciones verificables por medio de esas mismas técnicas. En definitiva, la teoría procura correr pareja a la investigación. Como dice Easton:

²⁰⁵EASTON, D.: *The Political System*, Nueva York, Alfred A. Knopf, Inc., 1953, pp. 66 y ss.

Salta a la vista que la teoría moderna ha comenzado a actuar ya como principal y severo disolvente de las numerosas suposiciones que prevalecen incuestionadas en la investigación empírica. Se han descubierto nuevas dimensiones de la vida política, se han propuesto nuevas unidades de análisis; nuevas conceptualizaciones generales de la disciplina han sido creadas, sugiriéndose nuevos objetivos para la investigación. La teoría ya no marcha a la zaga sino que procura estar a la vanguardia de la investigación²⁰⁷.

Sin embargo, a pesar de los avances producidos en la construcción de *una* teoría política empírica, no es posible por ahora atribuir este título a la totalidad de la producción politológica. Se han dado y siguen dándose *varias* aproximaciones teóricas, cuyo estudio escapa a los objetivos de la presente investigación²⁰⁸. Todas ellas cumplen en mayor o menor medida con los requisitos necesarios para considerarse teoría empírica, si bien la propia dispersión es indicativa de que en este campo no se ha alcanzado el deseado consenso de las ciencias naturales. Así, se han consolidado distintos enfoques teóricos dentro de la ciencia política, que van desde el formal-legalista, hasta el sistémico, pasando por los enfoques del poder, de la cultura política y el

²⁰⁶Sobre estas cuestiones, cfr. EASTON, D.: *Esquema para el análisis político*, Buenos Aires, Amorrortu, 1989, cap. 1. y EASTON, D.: «Introducción: estrategias alternativas de la investigación teórica», in EASTON, D. (ed.): *Enfoques sobre teoría política*, Buenos Aires, Amorrortu, 1982, pp. 17-34.

²⁰⁷EASTON, D.: «Introducción: estrategias alternativas de la investigación teórica», cit. p. 22.

²⁰⁸Cfr., por ejemplo, PASTOR, M (ed.): *Ciencia política*, Madrid, McGraw-Hill, 1989 y también los ensayos de Simon, Buchanan, March, Parsons, M.G. Smith, Rapoport y el propio Easton, recopilados en EASTON, D. (ed.): *Enfoques sobre teoría política*, cit.

racionalista²⁰⁹. Cada uno de ellos contiene herramientas conceptuales útiles para entender y explicar diversas cuestiones que conforman la vida política. Para el tema que nos ocupa, voy a tomar en cuenta algunas de estas herramientas conceptuales. En concreto, voy a servirme de los conceptos de sistema político y de régimen político tal como son tratados por Easton y del concepto de cambio de régimen político a partir de las formulaciones de Morlino. Todo ello bajo la hipótesis de que existen correspondencias entre el derecho y la política, y, por tanto, entre los distintos niveles que he mencionado (2º nivel: orden jurídico/régimen político; 3º nivel: orden estatal/sistema político estatal). No debe extrañar que para un estudio acerca de la identidad de los regímenes políticos me sirva de autores que utilizan un enfoque sistémico. Buena parte de las preocupaciones de esta corriente (al menos en la versión eastoniana) se centra en los problemas de mantenimiento y cambio de sistemas políticos.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el próximo capítulo examinaré críticamente los conceptos de sistema político y de régimen político tal como los formula Easton, para en el capítulo III centrarme en el análisis del cambio de régimen político tomando como punto de referencia la propuesta de Morlino. A medida que avance en la exposición, intentaré poner especial cuidado en mostrar los puntos de contacto entre los problemas planteados por estos teóricos de la política y los que aparecieron en la Primera Parte de este trabajo, con la esperanza de que este proceder ayude a justificar las conexiones y correspondencias de las

²⁰⁹Un buen planteamiento general de estos distintos enfoques, junto con severas críticas (tan severas que ninguno de los enfoques puede pasar con éxito el test que el autor propone), se encuentra en ROIZ, J.: *Introducción a la Ciencia Política*, Barcelona, Vicens Vives, 1980.

que he hablado. De este modo, al finalizar el capítulo III espero estar en condiciones de ofrecer mi propuesta de criterio material de identidad del orden jurídico.

Capítulo II: El concepto de sistema político

1. La teoría de Easton: planteamiento general

El modelo eastoniano de sistema político es bien conocido²¹⁰. En la presente sección resumiré los puntos más destacados de su obra, dejando para la próxima el análisis más detallado del concepto de régimen político y su relación con el de sistema político²¹¹.

El eje en torno al cual giran las investigaciones de Easton es, sin duda, el concepto de sistema político. Para entenderlo cabalmente es preciso proceder, en primer lugar, a la exposición de aquellos criterios de identificación del sistema político, tales que permitan deslindar un sistema político de otras clases de sistema, y, en segundo lugar, al análisis de las premisas sobre las que se funda el propio enfoque sistémico de Easton.

A) El carácter político del sistema

El concepto de sistema político ha adquirido gran difusión porque pone el acento sobre la gama total de actividades políticas de una sociedad, independientemente de su ubicación en ésta y del tipo de

²¹⁰Aunque me limito básicamente a tratar los trabajos de Easton, no hay que olvidar que su estela la han seguido, entre otros, autores como Morton A. Kaplan, Herbert j. Spiro, Karl Deutsch o Gabriel Almond.

²¹¹ Me sirvo básicamente de *A System Analysis of Political Life*, N.Y., Wilwy and Sons, 1965 y de *Esquema para el análisis político*, Buenos Aires, Amorrortu, 1989. En sus últimos trabajos Easton intenta profundizar en el concepto de estructura política, pero no aporta variantes significativas a su esquema general (Cfr. *The Analysis of Political Structura*, N.Y. y London, Routledge, 1990).

formación social en que se den tales actividades. Muchos estudiosos de la política se han ocupado de definir los límites del sistema político, y, aunque la terminología que emplean en sus definiciones difiere notablemente, existe no obstante un cierto consenso. Desde Weber²¹², es común a la mayor parte de las definiciones asociar el sistema político con el uso legítimo de la coacción física en la sociedad. Así sucede cuando, por ejemplo, Lasswell y Kaplan hablan de «severas privaciones»²¹³, o cuando Dahl alude a «poder, norma y autoridad»²¹⁴. En esa misma dirección hay que inscribir la propuesta de Easton²¹⁵.

Según Easton, la vida política se puede describir como un conjunto de interacciones sociales de individuos y grupos. Por tanto, las interacciones son la unidad básica de análisis. Al mismo tiempo, este autor partirá de la suposición según la cual hay ciertas actividades políticas y procesos básicos que son característicos de todos los sistemas políticos, aunque las formas estructurales por medio de las cuales se manifiestan puedan variar, y de hecho varíen considerablemente, en cada lugar y época.

Lo que distingue, en su opinión, las interacciones políticas de todas las otras interacciones sociales es que se orientan de modo predominante hacia la asignación autoritaria o autoritativa (*authoritative*) de valores para una sociedad. Por consiguiente, la investigación política

²¹²WEBER, M.: «Politics as a Vocation», in GERTH, H.H. y MILLS, C. W. (eds.): *From Max Weber: Essays in Sociology*, Nueva York, Oxford University Press, 1946, pp. 77-78.

²¹³LASWELL, H.D. y KAPLAN, A.: *Power and Society*, New Haven, Yale University Press, 1950.

²¹⁴DAHL, R. A.: *Modern Political Analysis*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, Inc., 1963, pp. 5 y ss.

²¹⁵En el mismo sentido, cfr. ALMOND, G.A. y POWELL, G.B.: *Comparative Politics: A Developmental Approach*, Boston, Little, Brown and Co., Inc., 1966, pp. 16-18.

tratará de comprender el sistema de interacciones mediante el cual se hacen o implementan dichas asignaciones autoritarias. Esta caracterización de la propiedad «político» de un sistema requiere que se preste atención a los conceptos que en ella aparecen.

a) Asignación de valores

Las asignaciones autoritarias distribuyen cosas valoradas entre personas y grupos siguiendo uno o más de tres procedimientos posibles: privando a una persona de algo valioso que poseía, entorpeciendo la consecución de valores que de lo contrario se habrían alcanzado, o bien permitiendo el acceso a los valores a ciertas personas y negándolo a otras²¹⁶. Pero hay que matizar que se trata de un conjunto de decisiones y acciones y no de una única decisión aislada. Con frecuencia, al referirse a este conjunto de decisiones y acciones se habla de las políticas del sistema. Según Easton, ninguna sociedad puede sobrevivir si no provee procesos mediante los cuales se puedan establecer asignaciones autoritarias cuando surjan diferencias respecto a las cosas valoradas. Es plausible pensar que estos procesos se realizan por medio de normas jurídicas²¹⁷, pero no todas las normas jurídicas asignan valores, al menos no los valores importantes. Volveré sobre esta última afirmación más adelante.

²¹⁶Cfr., para este subapartado, EASTON, D.: *The Political System*, N. Y., Alfred A. Knopf, 1963.

²¹⁷Esta es la razón por la que no parece descabellado interpretar al sistema jurídico como un subsistema del sistema político.

b) Autoridad y Sociedad

La Ciencia Política no intenta comprender el modo en que la sociedad establece todos sus valores, sino tan sólo las formas en que las cosas valoradas se ven afectadas por asignaciones autoritarias. Una asignación se halla dotada de autoridad, según Easton, cuando aquellas personas a quienes se intenta aplicar o son afectadas por ella consideran que deben o deberían acatarla²¹⁸. Como puede apreciarse, esta idea no está muy alejada de la tesis de la aceptación tal como ha sido sostenida por Hart y Raz. Si bien el deber del que habla Easton parece ser más psicológico que moral. Así, es cierto que hay varias razones por las que los miembros del sistema se pueden considerar obligados frente a tales asignaciones (por el temor al empleo de la fuerza, por el oprobio social, por razones morales, etc.), pero, «prescindiendo de las razones particulares, el hecho de considerar las asignaciones como obligatorias distingue a las asignaciones políticas de otras clases de asignaciones»²¹⁹.

Sin embargo, no todas las asignaciones autoritarias surgidas en el seno de una sociedad conciernen a la Ciencia Política. En organizaciones menores, tales como la familia, existen también muchas políticas que poseen autoridad; pero estas asignaciones no interesan por

²¹⁸Cfr. EASTON, D.: *The Political System*, cit., pp. 131 y ss.

lo general al politólogo. La investigación política busca ante todo la comprensión del proceso mediante el cual los elementos de valor han sido establecidos autoritariamente no por un subgrupo social, sino por la sociedad entera.

De acuerdo con lo anterior, un acto social es político si tiene alguna relación con el establecimiento autoritario de elementos de valor para una sociedad. Un sistema político, por su parte, consiste en el total de las interacciones políticas de una sociedad.

B) El carácter sistémico de los comportamientos políticos

El análisis sistémico de la política propuesto por Easton se sustenta en las siguientes cuatro premisas:

1. *Sistema*. Es útil considerar la vida política como un sistema de comportamiento.

2. *Ambiente*. El sistema se halla diferenciado de su ambiente y a la vez abierto a las influencias de éste.

3. *Respuesta*. Las variaciones en las estructuras y en los procesos internos de un sistema pueden interpretarse útilmente como esfuerzos constructivos de los miembros de un grupo por regular y contrarrestar tanto las tensiones provenientes del medio como de fuentes internas.

²¹⁹EASTON, D.: *A Framework for Political Analysis*, Englewood Cliffs (Nueva Jersey), Prentice-Hall, 1965; tr. cast. de A. C. Leal, rev. por R. Murtagh, por donde cito: *Esquema para el análisis político*, Buenos Aires, Amorrortu, 1989, p. 80.

4. *Retroalimentación.* La capacidad de un sistema para persistir ante una tensión depende del caudal de información que llegue a los centros decisores sobre el medio y sobre el sistema mismo. Aquí «información» abarca tanto influencias y presiones, como datos concretos.

Las dos últimas premisas sirven para diferenciar la propuesta de Easton de la de otros enfoques explícita o implícitamente sistémicos de la política. Easton interpreta la vida política como una entidad que mantiene sus límites a pesar de encontrarse rodeado por otros sistemas sociales y en interacción con ellos. Es un sistema abierto a las influencias que le llegan del exterior a través de su propio perímetro. Si un sistema tal ha de persistir, deberá obtener una memoria adecuada acerca de sus actuaciones pasadas y tendrá a su vez que ser capaz de tomar medidas que regulen su comportamiento futuro. Este ajuste puede obedecer simplemente a una adaptación a las condiciones cambiantes con el fin de mantener inalterables los objetivos fijados; o puede que incluya esfuerzos por modificar los antiguos objetivos o incluso transformarlos por completo. En última instancia, puede suceder que un sistema deba transformar su propia estructura interna o sus procesos, si quiere seguir manteniéndose como conjunto de actividades que crea y pone en práctica decisiones vinculantes.

Dicho esto, es el momento de analizar con más atención los conceptos que permiten desarrollar cada una de las premisas anteriores.

a) Sistema

Puede resumirse la posición de Easton en este punto diciendo que el sistema político, en su calidad de sistema es, según este autor, «constructivo» y «analítico».

Sistema constructivo.- Easton empieza por distinguir lo que llama sistema teórico de lo que sería un sistema empírico²²⁰. Su objetivo es intentar hallar un sistema teórico para tratar adecuadamente el sistema político empírico. El problema, en la propia formulación del autor, es «¿qué tipo de compromisos se nos exigen a nivel conceptual una vez que atribuimos cualidades sistémicas a las acciones que luego identificaremos como constitutivas de la vida política?»²²¹.

Puesto que Easton se refiere a la vida política como si formara un sistema de conducta sobre el que se puede desarrollar un sistema teórico, debe empezar preguntándose cuándo un conjunto de interacciones forma un sistema. Aquí caben dos soluciones:

1. Sostener que determinadas interacciones forman un sistema porque mantienen una cohesión natural entre sí. Esto sería tanto como afirmar que los sistemas se dan en la naturaleza, con lo cual la tarea del estudioso sería descubrir los sistemas que existen «realmente» y observar su funcionamiento.

2. Sostener que todos los sistemas son construcciones mentales. Según esta interpretación, cualquier agregado de interacciones que decidamos identificar forma un sistema; elegir entre uno u otro, se trata de una mera cuestión de conveniencia conceptual.

²²⁰Recordar lo dicho en supra. cap. 1 de la Primera Parte, respecto a los supuestos epistemológico y ontológico de sistema.

²²¹EASTON, D.:*Esquema para el análisis político*, cit., p. 50.

Easton, después de criticar la posibilidad de que existan sistemas «naturales»²²², adhiere a la segunda posición. Así, dirá Easton, establecer si un sistema dado lo es por naturaleza o simplemente debido a una construcción arbitraria de la mente humana es una dicotomía innecesaria. La dicotomía importante se da entre sistemas interesantes y sistemas triviales. A lo que hay que prestar atención entonces es a si un determinado conjunto de actividades es interesante, en el sentido de que es relevante y ayuda a comprender algunos problemas teóricos, o bien si carece de valor y resulta trivial. Este modo de clasificar los sistemas presenta, según Easton, dos ventajas:

- Elimina toda discusión posible acerca de si el objeto de nuestro análisis es o no «realmente» un sistema. Cualquier serie de elementos políticos que deseemos considerar como sistema, se convierten automáticamente en tal.

- Permite modificar nuestros juicios sobre la importancia de los sistemas. Autoriza a afirmar que un sistema totalmente carente de interés por la poca relación entre sus partes, adquirió relevancia de repente al sugerir nuevos datos otras conexiones posibles, para lo cual no necesitamos recurrir a una discusión estéril acerca de una repentina mutación de un no-sistema en sistema.

Por supuesto, adoptar una posición como la de Easton permite eludir los problemas a los que se enfrentan quienes sostienen la posibilidad de los sistemas «naturales», pero tiene que afrontar la tarea de aportar criterios para seleccionar sistemas «constructivos». En efecto, de

²²²Para los argumentos utilizados, cfr. EASTON, D.: *Esquema para el análisis político*, cit., pp. 53-55.

no ser así cada autor podría promover su propio «sistema» político. Al respecto, las palabras de Easton son esclarecedoras:

Aunque arbitrariamente decidiéramos considerar a un ornitorrinco y al as de espadas como nuestro sistema político -y desde el punto de vista lógico nada lo impide-, conceptualmente resultaría fútil. Nuestra tarea no es elegir caprichosamente las variables, sino seleccionar aquella combinación que sobre la base de la experiencia, *insight* e investigaciones anteriores, sea la que con mayor probabilidad y de la manera más económica y valiosa nos permita saber por qué las personas se comportan políticamente como se comportan²²³.

Por esta razón, y a pesar de que no se puedan especificar de antemano los criterios electivos que garanticen la mejor selección posible, ésta no es algo totalmente arbitrario o caprichoso.

Sistema analítico.- Junto a la caracterización del sistema político como un sistema «constructivo», Easton añade la consideración del mismo como sistema «analítico».

Como acabamos de ver, cualquier conjunto relacionado de cosas puede ser llamado «sistema». Easton propone considerar que las unidades de un sistema social (y el sistema político es un sistema social) sean las interacciones entre personas. Por tanto, un sistema político no es una constelación de seres humanos escogida para una investigación, sino un conjunto de interacciones humanas aislado de otros tipos del modo que vimos anteriormente. Al respecto hay que decir que como estudiosos

del hombre en sociedad no podemos abarcar toda la conducta de una persona de modo indiferenciado y total. Hay que crear conceptos que permitan observar las interacciones que nos interesan, por ejemplo las políticas, *como si* se produjeran por separado. A esta circunstancia alude Easton cuando habla del sistema político como sistema «analítico»: aunque empíricamente tales interacciones se producen como parte inseparable de otras, e incluso es probable que estén condicionadas por estas últimas, para analizar un conjunto cualquiera de interacciones hay que apartarlas forzosamente de la matriz total de conducta en que tienen lugar.

La consideración de un sistema como sistema «analítico» tiene ciertas consecuencias. Una de ellas es que el sistema político no es un sistema de personas biológicas. Para Easton, los miembros de un sistema político no serían las personas biológicamente consideradas, sino, en todo caso, las personas en cuanto realizan una actividad política (relacionada, pues, con la asignación autoritaria de valores en una sociedad). De hecho una misma persona, atendiendo a los distintos roles que cumple en la vida, es «miembro» del sistema político, tanto como del económico, del religioso, etc.

Entonces, cabe preguntarse, el hecho de que un sistema político sea analítico ¿significa que debe ser en algún sentido menos concreto u observable que la conducta de la persona biológica? A esta cuestión responde Easton diciendo que el hecho de ser una abstracción de un tipo definido de conducta entre otros muchos no lo vuelve menos observable

²²³EASTON, D.: *Esquema para el análisis político*, cit., p. 58.

empíricamente que la masa bruta e indiferenciada de conducta de la que forma parte:

La característica analítica del sistema político no afecta su condición empírica; sólo se refiere al hecho de que, a los fines del tratamiento teórico, las actividades políticas se pueden diferenciar y abstraer transitoriamente de todas las demás. Pero seguimos ocupándonos de la conducta observable²²⁴.

Una vez más, esto me permite ver al sistema jurídico, entendido como pautas de comportamiento, como una parte del sistema político.

Recapitulando, un sistema político se identifica como un conjunto de interacciones, abstraído de la totalidad del sistema social, a través del cual los elementos de valor son establecidos autoritariamente para una sociedad dada. Las personas, en la medida en que están involucradas en tales interacciones, serán consideradas miembros del sistema en cuestión.

Una vez visto lo que significa para Easton un sistema político es preciso aclarar las características que le atribuye. Easton concibe al sistema político como un sistema abierto y reactivo. Precisar estas propiedades supone hablar, por un lado, del ambiente en el que desarrolla su actividad el sistema político, y, por otro, de la respuesta en que se cifra dicha actividad.

b) Ambiente

Se dice que un sistema es abierto cuando está expuesto, en diversos grados, a lo que ocurre en su ambiente o medio (*environment*)²²⁵. Por supuesto, afirmar que un sistema está abierto a influencias externas únicamente tiene sentido si se puede distinguir lo interno de lo externo, es decir, si se pueden establecer límites sistémicos. Asimismo, el establecimiento de límites es un paso estratégico para, por un lado, desarrollar conceptos que permitan analizar los intercambios entre un sistema y su ambiente (*input, output, etc.*), y, por otro, proporcionar un criterio que permita determinar qué elementos políticamente importantes deben ser investigados en profundidad como variables dependientes principales y cuáles se pueden aceptar como dados en la forma de variables externas.

Puede parecer que, en los sistemas físicos y biológicos, el establecimiento de límites no es excesivamente problemático. Si bien todos estos sistemas están en algún ambiente, pueden mantener su identidad con nitidez suficiente, de modo que sería relativamente fácil distinguirlos. Por ejemplo, una manzana se puede concebir como un sistema orgánico aislado de su medio por la cáscara. Si nuestra intención es comprender los procesos que se dan en la manzana misma mientras madura y se pudre, habrá que tomar en cuenta factores externos a la cáscara (el suelo, el árbol, la humedad, la temperatura, etc). Estas son variables externas a la manzana. El límite estaría perfectamente definido por la cáscara.

²²⁴EASTON, D.:*Esquema para el análisis político*, cit., p. 74.

²²⁵Cfr., para este subapartado, EASTON, D.:*Esquema para el análisis político*, cit., pp. 91-112.

Pero en un sistema de interacciones sociales, como es el caso del sistema político, parece mucho más difícil acomodar a esas acciones, tomadas en conjunto, la misma imagen que aplicamos sin inconvenientes a sistemas biológicos y físicos. Ahora bien, esto no debe conducir a confusión. La simplicidad de estos sistemas es muy engañosa. Sus límites no están esperando a ser identificados; no son, aunque puedan parecerlo, límites «naturales» en el sentido descrito más arriba. Si se elige como límite la cáscara de la manzana es porque al investigador le interesa de forma muy especial comprender lo que pasa con un conjunto de variables definido por ese límite. Podría, de hecho, haber elegido cualquier otro.

En muchos casos, por consiguiente, podemos trazar una línea física que represente el límite del sistema, pero ésta no es una propiedad empírica necesaria. Desde el punto de vista conceptual, un límite es algo totalmente diferente de su posible representación física. Se trata, más bien, de un símbolo de los criterios de inclusión o exclusión respecto a un sistema. Para sistemas en los que el espacio es una dimensión importante, cabe señalar una línea o un recipiente, con lo cual se sabe de inmediato que lo que se halla dentro forma parte del sistema y lo que está afuera pertenece a otros sistemas.

Pero en los casos en que la localización espacial no esté bien definida y en los que puede haber una confusión considerable de conductas correspondientes a distintos sistemas, hay que describir los límites de otro modo. De ahí que haya que recurrir a otros criterios que permitan determinar si cada interacción pertenece o no a un sistema dado. Para el sistema político, como ya sabemos, el criterio puede ser la

relación más o menos directa de las interacciones con las adjudicaciones autoritarias de valores en una sociedad.

Lo que debe quedar muy claro en todo caso es que Easton no concibe límites «esenciales» o intocables entre sistemas: la colocación del límite depende de lo que se desee examinar²²⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, Easton propone una caracterización del ambiente en el que se desarrolla el sistema político. Lo divide en ambiente intrasocietal y ambiente extrasocietal. El ambiente intrasocietal es la parte del ambiente social y físico que está fuera de los límites de un sistema político, pero dentro de la misma sociedad. En él se incluyen sistemas tales como el ecológico, el biológico, cultural, económico, etc. Por su parte, el ambiente extrasocietal incluye los sistemas que están fuera de la sociedad a la que pertenece el sistema político en cuestión. Se entra así en la llamada sociedad internacional, compuesta por los sistemas políticos internacionales (OTAN, ONU, etc), sistema ecológico internacional y sistemas sociales internacionales (cultural, económico, etc)²²⁷.

c) Respuesta

²²⁶Es útil recordar que para Easton un sistema es «un recurso para ayudarnos a entender un área definida y redefinible de conducta humana, no una camisa de fuerza que encierre en forma permanente el análisis dentro de un molde o modelo preconcebido» (EASTON, D.: *Esquema para el análisis político*, cit., p. 101).

²²⁷Sobre las dificultades que plantea los conceptos de sociedad en esta sede, remito al apartado de críticas que cerrará este capítulo.

Una de las propiedades características de todo sistema es la de contrarrestar las presiones ejercidas sobre sus variables esenciales. Las variables esenciales del sistema político son, según Easton:

1. La asignación de elementos de valor para una sociedad.
2. La frecuencia relativa de sujeción a estas asignaciones²²⁸.

La situación de tensión se produce cuando existe peligro de que las variables esenciales puedan ser desplazadas más allá de lo que puede designarse como su zona crítica, es decir, cuando el sistema político está en peligro de perder su capacidad para asignar elementos de valor para una sociedad y/o su capacidad para inducir a la mayor parte de los miembros a aceptar estas asignaciones como vinculantes. Un sistema puede desplomarse por haber fracasado en la adopción de medidas adecuadas para superar esa situación de tensión. El objetivo especial y el mérito de un análisis sistémico de la vida política es que permite interpretar el comportamiento de los miembros del sistema en el sentido de agravar o aliviar la presión total sobre las variables esenciales. De nuevo aquí se pone de relieve que sistema jurídico y sistema político no son totalmente independientes. Seguramente una de las formas posibles, pero no la única, de mantener la frecuencia de sujeción a las asignaciones es que las normas del sistema jurídico sean eficaces, es decir, que se cumplan.

A la pregunta acerca de los medios por los cuales se comunican las condiciones del ambiente que pueden llegar a crear tensiones en el

²²⁸Nótese que estas dos características esenciales podrían traducirse al lenguaje jurídico (por ejemplo, el de Hart), como eficacia y punto de vista interno, respectivamente. Pero en Hart ambos elementos se refieren

sistema político, hay que contestar diciendo que son innumerables, pero pueden reducirse, según Easton, a dos clases: insumos (*inputs*) y productos (*outputs*). Debido a la distinción efectuada entre un sistema político y sus sistemas ambientales, es útil interpretar las influencias que emanan del ambiente como intercambios o transacciones que cruzan las fronteras del sistema político. Estos intercambios y transacciones pueden considerarse globalmente como los productos de un sistema y, por tanto, insumos de otro.

Para Easton, los dos insumos principales del sistema político son demandas y apoyos.

En todo sistema político la demanda representa un método mediante el cual el ambiente deja su huella en el sistema²²⁹. Las demandas son consecuencia de una amplia gama de condiciones y casos que hacen impacto sobre el sistema y constituyen una de sus principales fuentes de tensiones que actúan sobre sus variables esenciales. En algunas circunstancias las demandas pueden llegar a ser un peligro en potencia para la persistencia del sistema. Originan una perturbación, el sistema siente el impacto, sus miembros responden adecuadamente o no lo logran, y el resultado revela la eficacia con la que el sistema se las ha arreglado para contrarrestar los efectos de la presión ocasionada. La secuencia es una cadena de estímulo-respuesta que también es aplicable al insumo de apoyo.

únicamente a normas jurídicas. Una extensión «política» de los mismos y que por tanto le acerca al planteamiento de Easton y al aquí propuesto es la llevada a cabo por Garzón. Cfr. *infra* cap. IV, 2.

²²⁹Para un estudio pormenorizado del insumo de demanda véase EASTON, D.: *A System Analysis of Political Life*, cit., pp.37-152.

Una demanda puede definirse como la expresión de opinión en el sentido de si una asignación de valores debería o no ser hecha. La suposición de que el resultado será aceptado como vinculante distingue las demandas políticas de las de otro tipo: los deseos sólo se convierten en demandas si reclaman la acción por parte de las autoridades cualificadas. Se puede decir que las demandas aportan el incentivo necesario para provocar una decisión o una acción, en forma de sugerencias, propuestas, invitaciones o interés insistente por decisiones o acciones autoritarias. Pero puede suceder que el caudal de demandas que entra sea tan grande o de tal calidad que requiera un tiempo excesivo para asimilarlo, con lo cual puede llegar a socavar la capacidad del sistema para producir decisiones autoritarias. De ahí la necesidad de regular el flujo de demandas²³⁰.

No obstante, por muy afortunado que se muestre un sistema a la hora de contrarrestar las tensiones causadas por las demandas, se requiere otro insumo para asegurar la continuidad del sistema como serie de procesos que tienen por finalidad la conversión de demandas en productos. Este insumo es el apoyo²³¹.

El apoyo, al igual que la demanda, es un tipo de transacción entre un sistema y su ambiente. El insumo de apoyo aparece en la doble forma de sentimientos y comportamientos. *A* apoya a *B* si *A* actúa en favor de *B* o se orienta favorablemente hacia *B*. *B* puede ser una persona o un grupo, así como una idea o una institución. Para obtener una medida

²³⁰Sobre la regulación de las demandas, cfr. EASTON, D.: *Esquema para el análisis político*, cit., p. 167 y ss., así como EASTON, D.: *A System Analysis of Political Life*, cit., p.85 y ss.

aproximada del apoyo, cabría sopesar el número de miembros que apoyan o se oponen a un sistema, su posición de poder, la intensidad de sus sentimientos, su capacidad para expresarlos a través de la acción y su prontitud para actuar bajo determinadas circunstancias.

Las fluctuaciones en el apoyo pueden presionar un sistema de tres maneras. En primer lugar, el apoyo es vital para la persistencia del grupo de personas que comparten una división del trabajo político, aspecto del sistema político que Easton identifica con la *comunidad política*. Segundo, sin apoyo no sería factible garantizar ninguna clase de estabilidad de las reglas y estructuras a través de las cuales las demandas se convierten en productos, aspecto designado como *régimen*. Y tercero, sin apoyo para por lo menos algunos de los individuos que regentan el poder político, las demandas no podrían ser elaboradas como productos. La mayoría de los sistemas requieren una serie de *autoridades* relativamente estables. Estos son, pues, los objetos del apoyo: la comunidad política, el régimen y las autoridades. Sobre tales conceptos no insisto más, por cuanto son el objeto de análisis de la próxima sección.

Sin embargo, merecen destacarse de nuevo las conexiones que esta idea del apoyo tiene respecto al concepto de aceptación hartiano. Tanto el apoyo en Easton como la aceptación en Hart son condiciones necesarias de la persistencia del sistema. Pero hay una diferencia fundamental. En Hart, la aceptación tiene por objeto únicamente *normas jurídicas*, mientras que en Easton el apoyo viene a ser una aceptación pero que se hace extensiva a la comunidad política, al régimen político (el

²³¹Para un estudio pormenorizado del insumo de apoyo véase EASTON, D.: *A System Analysis of Political Life*, cit., pp. 153-246.

cual incluye, como veremos, normas jurídicas, pero también principios y estructuras de autoridad) y a las autoridades.

Para el propósito de este trabajo, hay un punto que merece recordarse y sobre el que volveré más tarde. Se trata de la afirmación de Easton, según la cual «el cambio de [creo que sería más correcto decir "en"] un sistema significa cambio en uno u otro de estos tres objetos de apoyo; y solamente cuando los tres cambian simultáneamente y fundamentalmente, podemos considerar que el sistema previo ha desaparecido totalmente»²³². Incluso, las modificaciones en uno u otro de los tres objetos de apoyo puede ser un método con el que el sistema político contrarreste la presión del ambiente y pueda seguir manteniéndose para una sociedad en particular.

Por último, el apoyo puede ser específico o difuso.

A veces el insumo de apoyo puede brotar como consecuencia de satisfacciones específicas obtenidas del sistema respecto a una demanda que los miembros hacen, que puede esperarse que hagan o que se hace a su costa. Este se denomina apoyo específico. Un ejemplo puede ser el del sindicato que persigue obtener una mayor subida del salario mínimo y persuade al legislador para que la apruebe. Los miembros del sindicato (y los trabajadores en general) ven una conexión directa entre sus peticiones y las actividades de las autoridades y apoyan a las autoridades porque han actuado favorablemente en este caso particular.

Por su parte, el apoyo que no va ligado directamente a satisfacciones específicas (apoyo difuso) puede ser generado por

esfuerzos puestos en inculcar un profundo sentido de legitimidad en los miembros hacia el régimen y hacia los individuos que actúan en su nombre, invocando símbolos de interés común y promoviendo y fortaleciendo el grado de identificación de sus miembros con la comunidad política.

Existe alguna vinculación entre estas dos clases de apoyo. Así, el suscitar con fortuna y de forma prolongada el apoyo específico puede crear adhesiones generales y profundas hacia los diversos objetos políticos. Si una persona se siente favorablemente dispuesta hacia un objeto por un número dado de razones específicas, puede que desarrolle una vinculación hacia el objeto por sí mismo.

d) Retroalimentación

Llegados a este punto, tal vez sea útil tomar de nuevo el hilo conductor del análisis sistémico desarrollado por Easton, mediante el uso de un símil. Podría compararse un sistema político a una fábrica inmensa y compleja en la que los materiales en bruto, en forma de deseos, entran en ella, son trabajados y transformados en un producto primario denominado demandas. Unas cuantas de estas demandas resultan entonces apropiadas para un proceso de transformación adicional, consistente en una serie de operaciones intermedias, hasta que se hallen listas para ser convertidas en productos terminados, llamados decisiones vinculantes. Estas decisiones llevan al sistema a actuar sobre la sociedad como un todo, con consecuencias que pueden hacerse sentir en el propio

²³²EASTON, D.: *A System Analysis of Political Life*, cit., p. 172.

sistema a través de la generación de peticiones adicionales que buscarán entrar dentro de él. Esto forma un proceso en circuito cerrado, denominado retroalimentación (*feedback*)²³³.

La expresión «circuito cerrado de retroalimentación» la toma Easton como un modo de identificar no sólo la información²³⁴ que retorna procedente del sistema, sino todas las demás acciones que resultan de esta información. La retroalimentación es el mecanismo principal mediante el cual la tensión (*stress*) es manipulada por las autoridades, ya que éstas tienen la posibilidad de responder a través de la elaboración de productos. A cambio, estos productos tienen efectos característicos sobre las demandas y sobre el apoyo.

Por último, es preciso insistir de nuevo en las conexiones entre sistema político y sistema jurídico. El sistema jurídico también cumple funciones homeostáticas. El proceso de retroalimentación del que habla Easton suele llevarse a cabo a partir de una serie de pautas de comportamiento. Algunas de estas pautas se corresponden con lo que los juristas llaman sistema jurídico. Así, algunas de las *respuestas* del sistema político adopta la forma de normas jurídicas y, al mismo tiempo, las propias normas jurídicas del sistema político marcan la pauta de *retroalimentación* del mismo.

²³³Para un estudio pormenorizado del concepto de retroalimentación véase EASTON, D.: *A System Analysis of Political Life*, cit., pp. 363-429.

2. Sistema político y régimen político

A) Ambigüedades

Existen dificultades para lograr claridad en este punto. Muchos autores han usado estos términos con significados distintos²³⁵.

La noción de régimen político ha sido acuñada preferentemente por la teoría del Estado y la ciencia política en Europa. Arranca de la revolución francesa, para mostrar las diferencias que se dan entre el «nuevo régimen político» y el «*Ancien Régime*». Se mantiene a lo largo del siglo XIX conviviendo con otros conceptos que pretenden clasificar las distintas formas que irán adoptando en su organización política las sociedades contemporáneas. En función de la forma de gobierno o de Estado, o de las técnicas de producción de la representación política, irán apareciendo durante dos siglos toda una variada gama de denominaciones. Se han tenido en cuenta muy diversas variables para formar tipologías (de Estados, gobiernos, o regímenes): la múltiple relación e interdependencia entre el Estado y sus órganos, o instituciones de diferentes niveles funcionales, o entre éstos y la sociedad civil, etc.

Dada esta variedad de posibilidades, el concepto de régimen político no se ha delimitado de forma más precisa hasta que no ha sido

²³⁴Desarrollar como es debido el concepto de información queda fuera del ámbito de este trabajo. Para ello, puede verse DEUTSCH, K.W.: *Los nervios del gobierno. Modelos de comunicación y control políticos*, Buenos Aires, Paidós, 1980, esp. pp. 171-187

²³⁵Para el estudio del concepto de «régimen político» y sus distintas formulaciones véase QUERMONNE, J.L.: *Les régimes politiques occidentaux*, 1986.

distinguido claramente de la forma de gobierno y del sistema político (entre otros conceptos)²³⁶.

Durante todo el siglo XIX, los regímenes políticos se clasificaban en función de la forma de gobierno y de la particular técnica de relación entre los poderes. Se hablaba, por un lado, de regímenes monárquicos o republicanos, y, por otro, de regímenes parlamentarios, presidenciales, etc.

En nuestro siglo, sobre todo a partir del período de entreguerras y seguramente fruto de la experiencia de los movimientos totalitarios europeos, el criterio de clasificación de los regímenes incorporará elementos valorativos, de tal modo que se hablará de regímenes democráticos, frente a regímenes autoritarios y totalitarios. Y esta es la tendencia que seguiré también en este trabajo²³⁷, distinguiendo entre forma de Estado o de gobierno («régimen» en el siglo XIX) y régimen político. No se trata de una elección sin fundamento. Actualmente, apreciamos muchas más semejanzas entre Estados que participan de los mismos valores de fondo, prescindiendo de su concreta forma de Estado o de gobierno, que entre los que tienen igual forma, pero difieren radicalmente en sus valores fundamentales. Políticamente, tienen más en común, por ejemplo, la República francesa con la Monarquía británica que con cualquier República no democrática. Así, puede decirse que, actualmente, el concepto de régimen político incorpora el de forma de

²³⁶Aún actualmente siguen habiendo imprecisiones, como lo demuestra el libro colectivo: A.A.V.V.: *Comparative Government. A Reader* (tr. cast.: *El Gobierno. Estudios comparados*, Madrid, Alianza Editorial, 1981). Los autores que participan en este libro no siempre son coherentes con la distinción entre formas de gobierno, régimen y sistema político.

gobierno como uno de sus ingredientes (que coincidiría con lo que Easton llama «estructuras de autoridad»).

Si el concepto de régimen político no debe confundirse con el de forma de Estado o de gobierno, tampoco hay que caer en la tentación de definirlo de forma tan amplia que se solape con lo que normalmente se llama sistema político.

El concepto de sistema político, a diferencia del de régimen, surge en la politología norteamericana, de la mano de autores como Easton y Almond y Powell. Para esta corriente metodológica, el sistema político se identifica, como sabemos, con un concepto global del discurso y de la vida política. Por ello, como veremos en su momento, el concepto de sistema político resulta extremadamente amplio y necesariamente vago, al estar integrado por todas las estructuras en que la actividad humana organizada genera una proyección política. Y esta extraordinaria amplitud del concepto de sistema político constituye una de las razones que hacen aconsejable tomar como objeto de estudio de la presente investigación al régimen político²³⁸.

Por supuesto, hay autores que mantienen otra terminología que la aquí adoptada. Por ejemplo, Karl Loewenstein usa la expresión «sistema político» de forma muy distinta a como lo hace Easton. Así, Loewenstein define como sistema político lo que aquí se considerará como régimen, mientras que denomina régimen, lo que aquí entendemos como forma de gobierno²³⁹. Esta disparidad de criterios no es relevante

²³⁷Cfr. infra, resto del presente cap. y el cap. siguiente.

²³⁸Véase infra, sección B), b) del presente capítulo.

²³⁹Cfr. LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986.

siempre que se tenga en cuenta el significado que aquí se atribuye a estos términos. En el presente trabajo distinguiré, como queda dicho, de menor a mayor generalidad, entre forma de gobierno y de Estado (que no interesa para nuestra investigación), régimen político y sistema político.

Los estudios de Easton y Morlino ayudarán a precisar en su momento el concepto de régimen político. Pero antes hay que decir algo sobre el concepto de comunidad política y su relación con el de sistema político.

B) Sistema político y comunidad política

Como vimos, uno de los objetos de apoyo que componen el sistema político en Easton, junto al régimen político y a las autoridades, es la comunidad política. En la medida que tiene interés para nuestro tema le dedicaré una cierta atención. A continuación expondré el concepto eastoniano de comunidad política, para, acto seguido, someterlo a crítica, al tiempo que, haciendo uso del aparato conceptual desarrollado en el primer capítulo de la Primera Parte, manifestaré mi propio punto de vista.

a) El concepto de comunidad política

Con la expresión «comunidad política» Easton hace referencia al aspecto de un sistema político que consiste en que sus miembros se vean como un grupo de personas unidas por una división del trabajo político. Desde este punto de vista, la medida de la participación en la división del trabajo es indiferente. Puede concebirse, en un extremo, un sistema en el

que cada miembro tenga un papel explícito y muy activo en la regulación de demandas conflictivas o en la asignación autoritaria de valores, mientras que, en el otro extremo, cabe pensar en un sistema político en el que muchas personas asuman un papel de absoluta pasividad frente a la autoridad absoluta de otros; en este caso, la parte que les corresponde en la división del trabajo político es la de aceptar su papel subordinado en la vida política. De nuevo esta forma de ver las cosas recuerda el planteamiento de Hart, que podría ser reformulado así: si nadie apoyara (aceptara) una determinada estructuración del trabajo político, el sistema se desmoronaría. Es menester recordar, empero, que, a diferencia de Hart, en Easton el apoyo no se circunscribe sólo a normas jurídicas. Y esta es una distinción muy relevante para el tema que examinamos, puesto que marca la diferencia entre un criterio formal de identidad (el de Hart) y otro material (el que aquí propondré)²⁴⁰.

Easton insiste en separar su concepto de comunidad política del concepto sociológico de comunidad (al que él llama «comunidad social»). Lo que caracteriza a este último es la existencia de un sentimiento de comunidad, de identificación mutua. Sin embargo, este aspecto afectivo no es necesario para la existencia de una comunidad política, aunque sí puede serlo para su mantenimiento en períodos de tensión. Que esto es así se pone de relieve en aquellos casos, como el de varias sociedades africanas, en que el Estado es anterior a sentimientos de solidaridad. En

²⁴⁰Cfr. infra, cap. III, 7.

tales circunstancias, el derecho estatal sirve para constituir la comunidad social, ese sentimiento que antes no existía²⁴¹.

Para evitar cualquier posible ambigüedad respecto a quién forma parte de esta división del trabajo, cada sistema establece criterios de membrecía tales como la presencia territorial, la sangre y otros. Hay que tener en cuenta, además, que no todos los cambios en un sistema político afectan necesariamente a la comunidad política. Easton pone el ejemplo de la Francia metropolitana. Según él, Francia en su aspecto comunitario ha experimentado pocas variaciones desde la revolución francesa (sólo pequeños cambios de frontera), mientras que en esa misma época se han sucedido muchos regímenes distintos.

La comunidad política cambia «cuando los principales grupos de la comunidad retiran su apoyo a la división existente del trabajo político»²⁴². El indicador decisivo de la pérdida de apoyo a la comunidad política es la aparición de grupos que pueden prestar apoyo a otra comunidad política preexistente o fundar una nueva. Pero hay que retener: «El nuevo sistema puede seguir manteniendo el mismo tipo de régimen vigente en el viejo sistema del que antes formaba parte, pero del que han surgido dos nuevas sociedades y se han creado dos comunidades políticas»²⁴³.

Como ya se dijo, un sistema político dado puede ser visto como un sistema separado de otros, pero a su mismo nivel (por ejemplo, entre dos unidades nacionales), o puede contemplarse como un subsistema de

²⁴¹Cfr. EASTON, D.: *A System Analysis of Political Life*, cit., pp. 182-189.

²⁴²EASTON, D.: *A System Analysis of Political Life*, cit., p. 179.

²⁴³EASTON, D.: *A System Analysis of Political Life*, cit., p. 180.

un sistema internacional (por ejemplo, un país perteneciente a la ONU). Lo mismo sucede con la comunidad política. Así, tiene perfecto sentido que alguien afirme que es al mismo tiempo madrileño, español y europeo. Una afirmación de este tipo significa que el sujeto que la emite se adhiere a tres distintos niveles de comunidad política, con otras tantas divisiones del trabajo político.

No obstante, esta concepción de la comunidad política, así como el carácter omnicomprendivo del concepto de sistema político plantea para nuestro objetivo una serie de problemas que es preciso poner de manifiesto

b) Mi propuesta

La argumentación que sigue va destinada a mostrar:

1. Los problemas que plantean los conceptos de comunidad política y de sociedad, en relación con el cambio de sistema político.

2. Las razones por las cuales, para nuestro propósito, es mejor tomar como punto de referencia el concepto más preciso y concreto de régimen político en vez del más vago y general de sistema político.

Puesto que en el presente trabajo estoy interesado en la identidad y en el cambio, a estas alturas la pregunta a formular es ¿puede producirse un cambio *del* sistema político en la concepción de Easton?; o, dicho de otro modo, ¿qué significa cambio *del* sistema político para Easton?

Easton admite que el sistema político puede seguir manteniendo su identidad a pesar del cambio de alguno de sus componentes (cambio

en el sistema). No sólo eso, sino que la modificación de alguno de estos componentes puede ser, llegado el caso, un instrumento indispensable para conseguir la persistencia del *mismo* sistema político. De este modo, un cambio de sistema únicamente se produciría cuando varíen significativamente todos sus componentes (comunidad política, régimen y autoridades). Pero veamos lo que sucede.

Imagínese un sistema político X , con sus componentes respectivos: C (comunidad política), R (régimen), y A (autoridades). Siguiendo el razonamiento de Easton, podría pensarse en un cambio de A en X sin que se pase a otro sistema Y . Este caso no es difícil de entender, puesto que estamos habituados a ver sucesiones de distintas autoridades sin que por ello estemos tentados a afirmar que ha habido un cambio de sistema político. Incluso podría aceptarse, dada la amplitud del concepto de sistema político, que el cambio de R (sólo o acompañado de un cambio de A ²⁴⁴) no supone necesariamente el cambio de sistema político. Ahora bien, existe un caso muy difícil de comprender. Se trata de aquel en que se modifica C (y aún sólo C) sin que quepa hablar de cambio de sistema. ¿Qué quiere decir en este último caso que X sigue siendo el mismo, pero que ha variado «su» C ?

Easton da algunos ejemplos de variación de C . Las comunidades políticas cambian, como vimos, cuando los grupos principales de la comunidad retiran su apoyo a la división existente del trabajo político. Cuando desaparece una parte importante del apoyo,

²⁴⁴Que no tienen que ir siempre unidos el cambio de R con el cambio de A , lo demuestra la existencia de los llamados «autogolpes de Estado», los cuales podrían interpretarse como un paso de R_1 a R_2 llevado a cabo por las mismas autoridades.

entonces puede tener lugar una guerra civil. Una guerra de independencia en la que se independiza un Estado sería, para Easton, el caso típico en el que se pone de manifiesto un cambio de la *C*. Otros ejemplos serían el de la inmigración que permite un fuerte movimiento separatista: el grupo en cuestión presta apoyo a otra *C* preexistente o funda una nueva (y recuérdese aquí las palabras de Easton: «El nuevo sistema puede seguir manteniendo el mismo tipo de régimen vigente en el viejo sistema del que antes formaba parte, pero del que han surgido dos nuevas sociedades y se han creado dos comunidades políticas»²⁴⁵). Pero para que haya cambio *de* sistema, ¿no se requiere que se modifiquen los tres componentes del mismo? Aquí parece que el cambio de *C* ha pasado de ser condición necesaria a ser condición suficiente del cambio de sistema político: basta el cambio de *C* para el cambio de *X*.

De este modo, nos encontramos con que Easton estaría afirmando dos cosas distintas:

1. Se produce un cambio de *X* si y sólo si cambian sus tres componentes (*C*, *R*, *A*).
2. Se produce un cambio de *X* si cambia su *C*.

Un cambio de *C*, de acuerdo con el enunciado 2, es condición suficiente del cambio de *X*, mientras que, según el enunciado 1, un cambio de *C* no supondría necesariamente un cambio de *X*, si no va acompañada de un cambio de *R* y de *A*.

Esta diferente conclusión no revestiría mayor gravedad práctica, si siempre que variara *C* también lo hicieran *R* y *A*. Pero, como se vio, es

²⁴⁵EASTON, D.: *A System Analysis of Political Life*, cit., p. 180. Cursiva ajena al original.

el propio Easton quien insiste en la independencia conceptual entre los tres componentes del sistema.

De la argumentación precedente se infiere que Easton no ofrece un criterio claro de cambio de sistema político. Sus esfuerzos, a nivel de sistema político, se cifran más bien en diferenciar a éste de lo que podríamos llamar «no-sistema político» (algo así como la anarquía), en vez de distinguir el sistema político X del sistema político Y.

La anterior conclusión puede reforzarse con un breve análisis del concepto de sociedad empleado por Easton y su relación con la persistencia o cambio de sistemas políticos.

Easton traza una distinción entre sociedad y sistema social. La sociedad comprendería «la conducta social de un grupo de personas biológicas, concebidas en su totalidad», mientras que un sistema social identificaría «un aspecto o parte más restringidos de las interacciones sociales en que intervienen esas personas biológicas»²⁴⁶. Tales interacciones representan los roles que desempeñan las personas; con lo cual, las mismas personas biológicas pueden desempeñar roles sociales diferentes.

Más tarde escribirá Easton: «ninguna sociedad puede sobrevivir si no provee procesos por los cuales se puedan establecer asignaciones autoritarias»²⁴⁷ de valores. Al respecto hay que decir, en primer lugar, que en esta frase es difícil saber si Easton está siendo consecuente con su distinción entre sociedad y sistema social. Pero, al margen de ello, me interesa destacar lo siguiente. Dada la definición de sistema político que

²⁴⁶EASTON, D.: *Esquema para el análisis político*, cit., p. 66.

conocemos, esta última afirmación de Easton podría traducirse por «no hay sociedad sin sistema político», es decir, el sistema político es condición necesaria para la existencia de la sociedad.

Qué deba entenderse aquí por sociedad no está nada claro. De todos modos, hay pasajes que muestran que Easton termina identificando sociedad y Estado nacional: «Desde el punto de vista de Estados Unidos, Francia es una sociedad e incluye un sistema político...»²⁴⁸; «Cuando vamos más allá, hacia los sistemas extrasociales, nos ocupamos en realidad de lo que suele denominarse sistema político internacional»²⁴⁹.

¿Qué relación existe entre esta concepción de la sociedad y el cambio de sistema político? Veámoslo. Easton afirma que uno de sus principales objetivos al establecer una teoría sistémica de la vida política es investigar acerca de aquello «que permite a un sistema conservar algún medio de asignar valores autoritariamente, es decir, perpetuarse (...)»²⁵⁰. Pero recuérdese que antes el propio autor ha establecido que *toda* sociedad tiene *algún* medio para asignar autoritariamente valores. Por tanto, según su propia definición, no cabe una sociedad que haya dejado de asignar valores autoritariamente, y, por tanto, que persista sin su sistema político. Esta es otra de las razones que fundamentan la idea de que en Easton es imposible establecer cuándo se da un cambio de sistema político, porque, de darse, ¿en qué consistiría?, ya que basta para la perpetuación del sistema que éste mantenga *algún* medio de asignación autoritaria de valores. Y, si no hay ningún medio, no se pasa a

²⁴⁷EASTON, D.:*Esquema para el análisis político*, cit., p. 87.

²⁴⁸EASTON, D.:*Esquema para el análisis político*, cit., p. 110.

²⁴⁹EASTON, D.:*Esquema para el análisis político*, cit., p. 107.

otro sistema, sino que simplemente deja de existir el que había sin que lo sustituya otro. Por eso he dicho anteriormente que Easton sólo puede dar cuenta de la sucesión sistema/no sistema (o viceversa), pero no de la sucesión sistema X/sistema Y.

Teniendo en cuenta la argumentación precedente, creo que se gana en claridad y precisión si se adoptan algunas previsiones:

1. La problemática que Easton trata de relacionar con la comunidad política y en cierta medida con la «sociedad», es preferible, en mi opinión, abordarla como si se tratara de otro nivel, que se correspondería con el tercer nivel normativo del que ya he hablado en la Primera Parte de este texto. Este nivel es el que se conecta con el de Estado entendido como sistema político independiente. Así, sistema político (Estado) se corresponde con orden estatal (tercer nivel). La justificación de esta correspondencia estriba en que si bien a no todo sistema político le corresponde un Estado, si que es cierto que a todo Estado le corresponde un sistema político.

2. De acuerdo con lo anterior, cada sistema político y, por tanto, cada Estado tiene tres elementos (comunidad política, régimen y autoridades).

3. La consecuencia contradictoria que resulta de afirmar, como hace Easton, que no puede haber cambio de sistema político si no cambian sus tres elementos para más tarde dar ejemplos de paso de un sistema político a otro en que tal condición no se cumple, cabe repararla si se admite la segunda opción que aparece en el propio Easton, según la cual el cambio de comunidad política es condición suficiente del cambio

²⁵⁰EASTON, D.: *Esquema para el análisis político*, cit., p. 114.

de sistema político. De las alternativas que mencioné, pues, la segunda resulta más plausible.

4. Si bien es cierto que el concepto de comunidad política no coincide con el de régimen político, se puede suponer que el cambio de comunidad política es suficiente para que cambie el régimen político.

5. Como el régimen político es un ingrediente de cada sistema político, cuando cambia el sistema político cambia también el régimen político. Esta conclusión estaría en consonancia con la tesis sostenida en el primer capítulo de este trabajo, según la cual el cambio de orden estatal (tercer nivel) es condición suficiente del cambio de orden jurídico (segundo nivel).

Proceder de este modo es más consecuente con lo que normalmente se dice al hablar, por ejemplo, de que en el Estado *español* ha variado el régimen político, al tiempo que se evita las consecuencias indeseables que se acaban de ver respecto a los conceptos de comunidad política y de sociedad²⁵¹. Por otro lado, la amplitud e imprecisión del concepto de sistema político (resulta difícil comprender cuándo se pasa de un sistema a otro, hasta el punto de que parece que es imposible que tal hecho ocurra) hace aconsejable tomar únicamente como referencia al Estado como unidad política (al tercer nivel) y

²⁵¹Hay que advertir que «Estado» y «Sistema político» no son sinónimos. Lo cierto es que el segundo es un término que nace precisamente para ser aplicado a situaciones en las que el primero no hubiera encajado. Y ello obedece a cambios históricos recientes: «La democratización o masificación de la política supone no sólo su difusión, y si se quiere su dilución, sino sobre todo su *ubicuidad*. (...). En la medida en que el Estado se extiende, los procesos políticos no podrán ser situados ya en el ámbito del Estado y de sus instituciones. De hecho, y en consecuencia, el concepto de Estado se amplía, y es sustituido por el concepto bastante más elástico y abarcador de "sistema político"» (SARTORI, G.: *La política. Lógica y método en las ciencias sociales*, México, F.C.E., p. 220).

centrarse, para el presente trabajo, en el régimen político (segundo nivel) como objeto sobre cuya identidad hay que indagar.

C) El concepto de régimen político

Como acabo de decir, el concepto de sistema político en Easton es muy amplio. Viene a identificarse con sociedad organizada políticamente. Englobaría las instituciones políticas junto a las estructuras sociales y económicas, el sistema de valores, el peso de la tradición y las ideologías. Se trata, en suma, de todas las estructuras en que la actividad humana organizada genera una proyección política (es decir, una asignación autoritaria de valores).

El concepto de régimen político, en cambio, es algo más concreto y más profundizado empíricamente. Forma parte del sistema político en cuanto objeto de apoyo, junto a la comunidad política y a las autoridades. Lo que sigue es un resumen de la conceptualización de régimen político ofrecida por Easton²⁵².

Aún en el caso de que los miembros de un grupo exhibieran los más intensos sentimientos de identificación en una comunidad política, todavía se verían obligados necesariamente a establecer algún método regularizado de ordenar sus relaciones políticas. En último extremo, para que los productos del sistema sean aceptados como vinculantes, los miembros necesitan aceptar algunos procedimientos y reglas básicas a través de los cuales la controversia en torno a las demandas pueda

²⁵²Cfr. EASTON, D.: *A System Analysis of Political Life*, cit., pp. 190-211.

quedar regulada. La existencia de un régimen político obedece a esta necesidad.

El régimen representa expectativas relativamente estables, de acuerdo con el sistema y sus estados de cambio, respecto al diferente elenco de asuntos políticos y a las reglas o normas que gobiernan el modo de tratar éstos.

No todos los sistemas tienen que ser eficaces a la hora de estabilizar tales constricciones sobre el comportamiento, ni es preciso que en cualquier sistema esté siempre claro lo que se ha incluido en esta categoría especial de expectativas. Pero sí que se requiere, so pena de caer en situaciones caóticas, la estabilización de los modos básicos de transformar las demandas en productos y el acuerdo común en torno a los amplios límites de estos productos.

Hay que subrayar, con Easton, que el concepto de régimen es más amplio que el de constitución (al menos en el sentido formal de constitución). El régimen no se circunscribe a la presencia de un código escrito, sino que incluye también las partes de las expectativas establecidas en la vida política que rara vez están contempladas en una constitución, ya sea formal o informal, escrita o consuetudinaria, y ello aún en aquellos sistemas altamente juridificados. El régimen se refiere, en suma, «a la matriz general de expectativas regularizadas, dentro de cuyos límites son usualmente consideradas autoritarias sin tener en cuenta dónde y cómo se expresan tales expectativas»²⁵³.

Esto no está muy claro en Easton, pero parece que podría reconstruirse del siguiente modo:

El régimen es un conjunto de tres elementos (valores, normas y estructuras de autoridad). Las expectativas pueden entenderse como una manera de decir que un régimen determinado (con sus elementos determinados) existe cuando hay expectativas, es decir, hechos, fundados en valores, normas y estructuras de autoridad. Es preciso observar más de cerca cada uno de estos elementos.

a) Valores y principios

Todo régimen consiste, en parte, en un conjunto de valores y principio políticos, articulados o implícitos, que imponen constricciones a los propósitos para cuya obtención se destinan las energías y recursos del sistema. Se hallan en la base de ciertas ideologías y doctrinas o bien entran más o menos implícitamente en la praxis política, es decir, están articulados abiertamente en expresiones simbólicas o son justificaciones latentes del régimen. Por ejemplo, el valor de la libertad frente al de la esclavitud o el de la igualdad frente al de la superioridad racial, económica, etc.; o principios tales como el *Volksgeist*, el derecho divino, el consenso popular, la dictadura del proletariado, etc. A Easton le importa destacar que en la inmensa mayoría de sistemas hay algunos valores que se convierten en dominantes, en cuanto que son defendidos por los miembros políticamente eficaces y no son rechazados abiertamente por los otros. Estos valores imponen límites a la praxis política del régimen y de algún modo condicionan a los otros dos elementos del mismo.

²⁵³EASTON, D.: *A System Analysis of Political Life*, cit., p. 194.

La relevancia de los valores y principios se pone de manifiesto si se recuerda que la variada nomenclatura usada para clasificar regímenes y sistemas (tradicional, modernizante, autoritario, democrático, etc.) resalta diferencias en las premisas valorativas de los mismos.

b) Normas

Las normas, en el sentido que Easton da a este término, especifican las clases de procedimientos que se esperan y son aceptables para la transformación y puesta en práctica de las demandas. Estas son las reglas básicas para participar en todos los aspectos del proceso político e incluyen algunas más que las que se hallan incorporadas en documentos formales como constituciones escritas y códigos legales. Es por eso que Easton distingue entre dos tipos de normas: legales y consuetudinarias. Sin embargo, a pesar de la coincidencia terminológica, el significado de estos términos no es el mismo que tiene habitualmente para los juristas²⁵⁴.

Las normas consuetudinarias, para Easton, constituyen un vasto cuerpo de expectativas culturales acerca de cómo los miembros deberían comportarse dentro del sistema y en la práctica pueden divergir notablemente de lo dispuesto en las leyes formalmente declaradas.

²⁵⁴Nuestra doctrina, al interpretar lo dispuesto en el Código Civil, habla de normas consuetudinarias o costumbre para referirse a una fuente del derecho supletoria de la «ley», y, por tanto, sólo aplicable a falta de norma jurídica escrita. En este sentido, se daría una norma consuetudinaria cuando a un hábito reiterado de conducta se añade la convicción (*opinio iuris*) de que la misma es vinculante y, que, como tal, se puede reclamar ante los órganos estatales su cumplimiento forzoso.

Ejemplos de ellas se pueden encontrar tanto en regímenes democráticos, como en regímenes totalitarios.

Podría decirse que en regímenes democráticos unos grupos toleran que otros se ganen el favor de las autoridades, mientras esperan igual tolerancia para ellos. Hay una norma de tolerancia, según la cual el vencedor respeta al perdedor y hay normas que limitan hasta dónde puede llegar la discusión. Y todo ello amparado en la premisa básica de que los miembros del sistema deben ser proclives a la negociación y al compromiso.

En cambio, en los regímenes totalitarios cabe pensar que existe una norma consuetudinaria, según la cual el ganador todo lo gana y el perdedor todo lo pierde. Un ejemplo dado por Easton: cuando en la URSS, tras la muerte de Stalin, se sucedieron nuevos líderes sin la eliminación física de los contrincantes, entonces se tuvo conciencia de que una norma fundamental del sistema había sido modificada, aunque en ningún caso, ni antes ni después, ésta estuviera escrita.

Por su parte, las normas legales difieren de las consuetudinarias no sólo por el hecho de hallarse formalizadas, sino también por la probabilidad de que no reflejen el código efectivamente operante del sistema. Como ejemplo de tal disparidad, Easton menciona las condiciones económicas y políticas de la comunidad negra de Estados Unidos en el siglo pasado²⁵⁵.

²⁵⁵Esta escueta y no siempre clara caracterización que de las normas hace Easton puede completarse con planteamientos de sociología del derecho que contemplan las normas de un modo muy distinto al habitual en la

c) Estructuras de autoridad

Consisten en el conjunto de roles o modelos regularizados de comportamiento y de expectativas acerca del modo en que habrán de comportarse los que ocupan posiciones especiales en la sociedad y el modo en que los demás deben obrar frente a ellos. Pero debe tenerse en cuenta que Easton sólo alude a todos aquellos roles o estructuras que están dotados de autoridad. Según este autor, la autoridad es una relación especial de poder basada en la expectativa de que si *A* dirige un mensaje a *B*, en forma de deseo, sugerencia, orden, ley, etc, *B* la adoptará como premisa de su propia conducta²⁵⁶. Los titulares de los roles de autoridad tienen la capacidad de mandar, bien sea en razón de su legitimidad, bien sea por la simple usurpación del monopolio de la fuerza. Por esta razón quedan excluidos del ámbito de aplicación de este concepto, por ejemplo, los líderes de opinión, los grupos de presión y otras estructuras similares, aunque detenten un gran poder en la sociedad.

Las estructuras que se dividen el trabajo político son, al menos, de cuatro tipos:

- Estructuras que toman decisiones.
- Estructuras de ejecución de las decisiones.

teoría del derecho positivista. Un buen ejemplo, lo constituye el trabajo de Geiger (Cfr. GEIGER, Th.: *Estudios de sociología del derecho*, tr. cast. de A. Camacho, G. Hirata y R. Orozco, México, F.C.E., s.f.).

²⁵⁶Parece que a esta concepción de la autoridad, para poder distinguirla de otras manifestaciones de poder, habría que agregarle, como hacen tantos autores, algún elemento de valor, bien se llame punto de vista interno (Hart), creencia en la legitimidad (Weber) o legitimación (Garzón). En caso contrario, resultaría difícil concebir, dada la amplitud de la definición, una relación de poder que no sea de autoridad.

- Estructuras que tratan de obtener al menos el apoyo y la obediencia de los actores relevantes del sistema o de neutralizar a los oponentes para alcanzar los objetivos propuestos.

- Estructuras de extracción de los recursos necesarios para la ejecución de las decisiones.

Ni que decir tiene que tales estructuras guardan una estrecha relación con las reglas y normas jurídicas.

Antes de acabar con el análisis del concepto de régimen político mantenido por Easton, es preciso especificar la diferencia existente entre la estructura de autoridad (elemento del régimen político, al lado de los valores y las normas) y las autoridades (componente del sistema político, junto a la comunidad política y el régimen).

Easton no siempre es claro en este punto. Tal vez el mejor modo de trazar esta distinción sea partir de un ejemplo. Si alguien, en las actuales circunstancias de la monarquía constitucional española, dice que apoya las estructuras de autoridad significa que, con independencia de los individuos que circunstancialmente ocupen los roles de autoridad, está de acuerdo con la estructura en su totalidad (en la presencia de un Rey-jefe de Estado, en la de un Parlamento elegido por sufragio universal, en la del Gobierno que surge del Parlamento, en la de un Tribunal Constitucional que vela por el respeto de la constitución, etc). Pero puede suceder que el apoyo se manifieste en favor de los individuos concretos que ocupan tales roles. A este segundo aspecto, entiendo yo, hace referencia Easton al hablar de autoridades como tercer componente del sistema político. En este sentido, se dice que alguien apoya, por ejemplo, a Juan Carlos I

como rey de España, o al gobierno de Felipe González, o a sus ministros a, b, c, etc²⁵⁷.

3. Críticas

Ya he manifestado anteriormente mis reservas en relación a algunos puntos de la teoría de Easton. Ahora es el momento de decir que tanto la teoría política sistémica, en general, como las tesis de Easton en particular han recibido otras muchas críticas. Pero, en mi opinión, no todas ellas son fundadas, como veremos a continuación.

- Acusación de organicismo²⁵⁸. Los sistemas políticos no son seres vivos. En cambio, Easton los trata como si lo fueran: nacen, crecen, se reproducen y mueren. Ello hace, según los críticos, que esta visión esté lastrada por la importancia que el instinto de conservación tiene en todo ser vivo. Se daría, así, excesiva relevancia a la «sobrevivencia» en relación a otros objetivos que puede cumplir el sistema político. Además, otra crítica, que podría ser entendida como un subgénero de la anterior, es la que consiste en censurar a Easton porque concibe el cambio como fracaso. Puesto que todo sistema tiene tendencias homeostáticas, el

²⁵⁷Para el estudio de las autoridades como tercer componente del sistema político, véase EASTON, D.: *A System Analysis of Political Life*, cit., pp. 212-219. No insisto más en este tema porque no es el centro de interés de la presente investigación.

²⁵⁸Para una crítica general al organicismo en ciencias sociales, cfr. ELSTER, J.: *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, tr. cast. de J.J. Utrilla, México, F.C.E, 1989.

cambio se toma como un fracaso a un intento previo de mantener el equilibrio existente²⁵⁹.

No obstante, pienso que estas críticas no son del todo acertadas respecto a la teoría de Easton. Precisamente, en ella merece destacarse un elemento positivo que va en el sentido opuesto al que estas críticas parecen apuntar. Se trata del reconocimiento de que el concepto de revolución puede ser tan natural como el de estabilidad. Con ello huye de la inclinación de ciertas teorías (funcionalismo) a equiparar equilibrio con estabilidad²⁶⁰. Es mejor dejar hablar en este punto al propio Easton:

El enfoque del equilibrio deja la impresión de que los miembros de un sistema tienen solamente una meta básica cuando tratan de hacer frente a un cambio o perturbaciones: restablecer el antiguo punto de equilibrio o encaminarse a otro nuevo. Es lo que suele denominarse, por lo menos tácitamente, búsqueda de la estabilidad, como si lo que se persiguiera fuera la estabilidad por sobre todas las cosas(...). Pero es imposible comprender los procesos subyacentes a la capacidad de algún tipo de vida política para sostenerse en una sociedad, si se dan como sobreentendidos los objetivos de las respuestas o la forma. Un sistema puede muy bien tener otras metas que la de alcanzar uno u otro punto de equilibrio (...). Nosotros juzgamos más útil idear un enfoque que

²⁵⁹A esta crítica se le añade un tinte político, en cuanto se acusa a este tipo de modelos sistémicos preocupados más, se dice, por la persistencia que por el cambio, de «conservadurismo». Pero hay autores de todos los signos políticos que han adoptado en mayor o menor medida el esquema de Easton. Sirva como ejemplo, el trabajo de un autor tan poco «sospechoso» como Lapierre (Cfr. LAPIERRE, J-W.: *El análisis de los sistemas políticos* (1973), tr. cast. de J. de Benavent, Barcelona, Península, 1976).

reconociera que los miembros de un sistema pueden desear a veces destruir, mediante acciones positivas, un equilibrio anterior e incluso alcanzar algún nuevo punto de desequilibrio continuo²⁶¹.

- Acusación de apriorismo. Si se pretende que la teoría sistémica posibilite acceder a la realidad política es porque se cree que existe un fuerte homomorfismo entre ambas. Pero esta creencia sería una convicción *a priori*, nunca probada. Sobre este punto ya expliqué en su momento que Easton rechaza cualquier posibilidad de concebir sistemas realmente existentes al estilo naturalista. Remito, pues, a lo ya dicho en su momento²⁶².

- Dificultad en utilizar sus conceptos para otros objetivos que los perseguidos por Easton. Los conceptos de comunidad política, régimen y autoridad son categorías conceptuales que Easton elabora como objetos del apoyo que constituye uno de los insumos del sistema político, con lo cual los problemas únicamente se plantean en relación a posibles modificaciones de este apoyo. Esta carencia, sin embargo, es solventable. Buena prueba de ello es el uso que del concepto de régimen político hace Morlino, de cuya aportación a este tema paso a ocuparme a continuación.

²⁶⁰Cfr. EASTON, D.: «Limits of the Equilibrium Model in Social Research», *Behavioral Science*, I, 1956, pp. 96-104.

²⁶¹EASTON, D.: «Categorías para el análisis sistémico de la política», in EASTON, D. (comp.): *Enfoques sobre teoría política*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1982, pp. 219-220; tr. cast. de José Rovira y rev. tec. de Ricardo Murtagh del original *Varieties of Political Theory*, Prentice-Hall, 1966. En el mismo sentido parece pronunciarse Garzón cuando examina ciertos casos de estabilidad en Hispanoamérica, en los que abundan los golpes de Estado. Cfr. infra, cap. IV. Un teórico del derecho formalista diría, en cambio, que dentro de un mismo régimen autoritario han tenido lugar varios cambios de orden jurídico. Sin embargo, el régimen político no ha cambiado.

²⁶²Cfr. supra Segunda Parte, cap. II, B), a).

Capítulo III: Identidad y cambio de régimen político

1. Cambio de régimen y cambio *en el* régimen

Establecer cuándo un cambio *en el* régimen supone o no un cambio *de* régimen es una cuestión básica para poder hablar de mantenimiento o no de la identidad del mismo. Resumiendo, cabe pensar al menos en tres soluciones, que no tienen que por qué ser incompatibles entre sí:

a) Sólo hay cambio disruptivo cuando el cambio se produce por métodos violentos. Esta posición olvida la posibilidad de la violencia adaptativa, por un lado²⁶³, y no permite dar cuenta de los cambios pacíficos de régimen²⁶⁴.

b) Morton A. Kaplan afirma: «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 identificar el cambio de sistema «cuando el sistema cambia de tal manera que se

²⁶³ NIEBURG, H.L.: *Political Violence: the Behavioral Process*, New York, St. Martin's Press, 1970, p. 5: «No podemos descartar los comportamientos políticos violentos y extremos como algo errático, excepcional y sin sentido. Ponerlos aparte de los demás procesos que caracterizan a la sociedad es ignorar el continuum que existe entre el comportamiento pacífico y el disruptivo; es negar el rol de la violencia en la creación y comprobación de la legitimidad política».

²⁶⁴ Recordar lo ya dicho sobre las llamadas «revoluciones pacíficas». Cfr. *supra*, Primera Parte, cap. II, 3, B), b).

necesite una teoría diferente para explicar su comportamiento»²⁶⁵. Lo mismo podría decirse acerca del régimen político. Sólo hay cambio disruptivo del régimen cuando el régimen que surge como consecuencia requiere una clasificación diferente dentro de una tipología preestablecida. Por supuesto que para que este objetivo se lleve a buen puerto se requiere una tipología muy precisa ²⁶⁶.

c) Una tercera solución podría ser tomar como punto de partida las distinciones hechas por Easton. A partir de ahí cabe formular otro criterio que rezaría como sigue: hay cambio de régimen cuando cambian los tres elementos de apoyo que lo componen (principios, normas y estructuras de autoridad). Un régimen político *determinado* existe cuando, dentro de un sistema político independiente (Estado), sus miembros apoyan («aceptan» en terminología hartiana) unos *determinados* principios o valores, así como unas *determinadas* normas y estructuras de autoridad y tales elementos logran imponerse efectivamente. La idea de Kaplan también puede ser útil aquí. Como después mostraré, la constitución de tipologías de regímenes puede contribuir a establecer la *medida* en que tales elementos deben cambiar para que se considere que se ha pasado de un régimen determinado a otro.

Pero antes de entrar en estas cuestiones es preciso analizar con más detenimiento los elementos de apoyo y, sobre todo, las modalidades

²⁶⁵ KAPLAN, M.A.: «Systems Theory», in CHARLESWORTH, J.C. (ed.): *Contemporary Political Analysis*, New York, Free Press, p. 162.

²⁶⁶ Para nuestro tema creo que existe este tipo de tipologías. Cfr. infra, cap. III, 5, A), al hablar de las clasificaciones de Dahl y Linz.

del cambio. Para ello me serviré, básicamente, del modelo diseñado por Morlino²⁶⁷.

2. La propuesta de Morlino: planteamiento general

Tomando como punto de partida el esquema desarrollado por Easton y precisándolo, Morlino propone tomar en cuenta los tres componentes que formarían la estructura de un sistema político²⁶⁸. Dentro de cada componente, a su vez, se distinguen diversos factores. A continuación se enuncian los componentes del sistema político y sus respectivos factores:

a) Comunidad política

i. Ideologías, valores o creencias, dominantes o en situación de competencia.

ii. Personas o grupos activos

iii. Estructuras intermedias (no siempre presentes).

b) Régimen:

i. Ideologías, valores o creencias, dominantes o en situación de competencia. Con la distinción entre creencias a nivel de comunidad política y creencias a nivel de régimen se pretende poner el énfasis en que puede darse un desequilibrio entre los dos órdenes de valores y que no siempre las creencias dominantes en la comunidad política son las

²⁶⁷ Cfr. MORLINO, L.: *¿Cómo cambian los regímenes políticos?*, tr. cast. de J.J. González Encinar, Madrid, C.E.C., 1985.

²⁶⁸ MORLINO, L.: *¿Cómo cambian los regímenes políticos?*, cit., pp. 45-46.

mismas o tienen la misma intensidad y amplitud de aceptación que las que dominan a nivel de régimen

ii. Normas o reglas del juego. Morlino define las normas como aquellas reglas formalizadas que sirven para la resolución pacífica de los conflictos políticos; mientras que por reglas del juego entiende aquellas no formalizadas y admitidas tácitamente.

iii. Estructuras de decisión.

iv. Estructuras de *enforcement*. Estas comprenden las estructuras orientadas a la ejecución de las decisiones, las que fuerzan a la obediencia y las que extraen los recursos de la sociedad

c) Autoridades:

i. Titulares de los roles

Lo anterior podría reformularse diciendo que la comunidad política la forman las personas que creen (personas y creencias), el régimen englobaría aquello en lo que creen (ideologías, valores o creencias) y ciertos elementos que están en correspondencia con lo que creen (normas y estructuras de autoridad), mientras que las autoridades serían los encargados de hacer cumplir lo que se cree.

Hay que poner de manifiesto la interdependencia entre los tres elementos que componen el sistema político. Pero no se trata de interdependencia mecánica en la que un cambio de un elemento conlleva automáticamente el cambio de otro. Puede suceder que a una transformación producida en un componente del sistema no corresponda ningún cambio o corresponda algún cambio del mismo tipo o de tipo diferente (incluso opuesto) en otro, en otros o en todos los demás componentes del sistema

3. Concepto y niveles del cambio

Morlino define el cambio político de un modo muy general: cualquier transformación que acontezca en el sistema político y/o en sus componentes. Es un concepto-base que abarca muchas otras categorías que los estudiosos de ciencia política quieren explicar (desarrollo, modernización, crecimiento, decadencia, etc). La característica básica de este concepto es su relatividad. Es un concepto relativo, puesto que el cambio se deduce siempre de la comparación entre un estado precedente y otro sucesivo del sistema o de sus partes.

No obstante, para nuestro interés, esta forma tan genérica de definir el cambio parece poco afortunada. Por ello propongo considerar, en consonancia con lo establecido por otros autores²⁶⁹, que el cambio al que hay que prestar atención es el que tiene que ver con las variaciones en la capacidad de imposición de los elementos del régimen (eficacia) y con la creencia en la legitimidad del mismo (apoyo).

La distinción ya vista entre cambio *del* sistema y cambio *en el* sistema es interpretada por Morlino del siguiente modo²⁷⁰:

Cambio del sistema indica cambio de todo el sistema en su conjunto; cambio en el sistema indica la transformación de uno o más componentes dentro del sistema. Se podría seguir distinguiendo entre cambios dentro de cada uno de los componentes, y así sucesivamente.

²⁶⁹Idea coincidente con la formulada, entre otros, por Hart, Easton y Garzón Valdés, con la diferencia de que en Hart la aceptación (apoyo) sólo se reclama para las normas jurídicas. Cfr. infra, cap. IV.

²⁷⁰ MORLINO, L.: *¿Cómo cambian los regímenes políticos?*, cit., pp. 47-80.

En todo caso, nuestra atención recaerá en el cambio de uno de sus componentes, el cambio de régimen político. En este sentido, creo que una forma más precisa de enfocar la cuestión es definir el cambio de régimen tal como lo he hecho, diferenciando el tema de su existencia del concerniente a la importancia de las variaciones de sus elementos. Ahora es el momento de estudiar con más detenimiento el cambio de régimen a través del análisis de su objeto y de las tipologías de regímenes.

4. Cambio de régimen político

Para empezar, al hablar de cambio de régimen político hay que hacerse una pregunta básica: ¿qué es lo que cambia? Se trata, pues, de indagar acerca del objeto del cambio.

A) Objeto

Aquí interesa el cambio de régimen, no el de sistema. El sistema político, como queda dicho, corresponde a una realidad mucho más amplia que el régimen. La *authoritative allocation of values* de la que habla Easton se produce tanto en la comunidad política, como en el régimen y en la autoridad. Lo cual significa que el régimen puede cambiar sin que cambien el resto de los componentes del sistema político. Pero, como ya indiqué, entiendo que el cambio de comunidad política es condición suficiente del cambio de régimen político (puesto que acordamos que el cambio de comunidad política era condición suficiente

del cambio de sistema político y el cambio de éste lo es del cambio de régimen).

Efectivamente, los cambios de régimen acaecidos estos últimos años en España, Portugal y Grecia no han supuesto sendos cambios de comunidad política (aparición de nuevas unidades políticas independientes, en la terminología que prefiero). Por el contrario, sí supuso cambio en la comunidad política (surgimiento de una nueva unidad política) y, por tanto, cambio del régimen político *determinado*, el paso del Tercer Reich a la República Federal Alemana²⁷¹.

En cuanto a la relación entre cambio de régimen y cambio de autoridad (en el sentido de personas que ocupan un determinado rol) puede decirse que no hay conexión ni necesaria ni suficiente entre ambos. Sólo a título indicativo se puede afirmar que la sucesión en las autoridades que viole las normas formalizadas puede constituir un indicio de que ha habido un cambio de régimen, pero que hay que confirmar integrándolo en un cuadro mucho mayor que tenga en cuenta una diversidad de circunstancias. Del mismo modo, si la sucesión tiene lugar por vías legales, falta el aviso, pero puede haber igualmente cambio de régimen, y los otros aspectos serán los que lo indiquen (piénsese, por ejemplo, en la llegada legal al poder de Hitler). Pero, en todo caso, no es preciso que exista cambio de autoridades, para que se dé cambio de régimen (piénsese en los llamados autogolpes de Estado, por ejemplo, el de Fujimori en Perú, o, tal vez, el caso más reciente de Yeltsin en la Federación Rusa).

B) Tipologías

Así, pues, el objeto del cambio es el régimen, cuya variación puede producirse con independencia de los demás elementos que componen el sistema político (con la salvedad hecha respecto a la comunidad política). Ahora bien, ya se dijo que «cambio» es un concepto relacional. Se cambia respecto a un estado precedente. Por eso hay que preguntarse qué régimen cambia. Ello supone una descripción completa de los elementos que componen el régimen en cuestión.

En este punto, resulta indispensable recurrir a una tipología de los regímenes lo más completa posible. De ella surgirán los criterios para identificar los principios, normas y estructuras de autoridad de esa descripción que colocan al régimen en una clase o en otra. Tales tipologías, siempre que sean suficientemente compartidas, proporcionarán, además, 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 «fundamental» *de* régimen.

Propongo, para ello, trazar la gran división entre regímenes democráticos y no democráticos. Dentro de los democráticos tomaré en consideración la caracterización que de ellos hace Dahl, mientras que para los regímenes no democráticos usaré la tipología aportada por Linz. Ambas son lo suficientemente completas como para que puedan resultar útiles para nuestros fines.

²⁷¹En este punto me aparto de la opinión de Morlino.

a) Regímenes democráticos

Para Dahl, un régimen democrático se juzga sobre la base de dos dimensiones: existencia de competencia política y extensión de la participación ²⁷².

Para que pueda hablarse de *competencia política*, hace falta que todos los ciudadanos sin distinciones políticas tengan igual oportunidad para:

- i. Formular sus preferencias.
- ii. Manifestar públicamente dichas preferencias entre sus partidarios y ante el gobierno, individual o colectivamente.
- iii. Recibir por parte del gobierno igualdad de trato, es decir, éste no debe hacer discriminación alguna por causa del contenido o del origen de tales preferencias.

Para que se den estas tres condiciones, y teniendo en cuenta el gran número de habitantes de que constan la mayoría de los Estados-naciones actuales, las instituciones de estos países deben garantizar, al menos, las ocho cláusulas siguientes:

1. Libertad de asociación.
2. Libertad de expresión.
3. Reconocimiento del sufragio activo.
4. Reconocimiento del sufragio pasivo.
5. Derecho de los líderes políticos a competir en busca de apoyos y votos.
6. Diversidad de fuentes de información.

7. Elecciones libres e imparciales.

8. Instituciones que garanticen que la política del gobierno dependa de los votos y demás formas de expresar las preferencias.

Por lo que hace a la *extensión de la participación*, ésta será mayor cuanto mayor sea el número de personas facultadas para intervenir en el control y discusión de la política del gobierno. Participar, pues, significa tener voz en el debate público. De este modo puede establecerse una escala que exprese el derecho a participar en el debate público, con lo cual podemos comparar distintos regímenes en función de su capacidad de representación²⁷³.

Los regímenes que poseen en alto grado estas dos dimensiones son los regímenes democráticos, a los que Dahl prefiere llamar poliarquías (y reservar el término «democracia», excesivamente cargado de valor, para el régimen «ideal»).

Estas distinciones pueden concretarse, descendiendo cada vez más en la escala de abstracción, con una serie de indicadores empíricos, tales como la existencia de sufragio universal secreto, elecciones periódicas correctas, más de un partido, existencia de diversas fuentes de información, etc. En base a ello, el propio Dahl ofrece una relación de 114 países clasificados de acuerdo con la oportunidad que tienen sus ciudadanos para votar en las elecciones y ordenados con arreglo al grado de apertura de que gozan los opositores para competir en busca del

²⁷² DAHL, R. A.: *La poliarquía. Participación y oposición*, Madrid, Tecnos, 1989.

²⁷³ Cfr. DAHL, R. A.: *La poliarquía. Participación y oposición*, cit., pp. 14-19. También Morlino se ocupa de esta cuestión: MORLINO, L.: «Las democracias», in PASQUINO, G. (ed.): *Manual de ciencia política*, Madrid, Alianza, 1988, pp. 79-128.

apoyo popular y el ejercicio del poder; asimismo, añade a esta clasificación una relación de las poliarquías contemporáneas²⁷⁴.

Este es un camino a recorrer, en el que se puede avanzar introduciendo cada vez mayores precisiones en cada uno de esos ámbitos. El problema estriba en ver si las variaciones suponen o no un cambio *fundamental*, de tal forma que quepa hablar de una pérdida de identidad del régimen, o, lo que es lo mismo, del paso a *otro* régimen. Pero esta circunstancia únicamente puede ser estudiada eficazmente si se pasa a analizar las formas y las modalidades de la transformación, como veremos en la próxima sección.

b) Regímenes no democráticos

Por lo que respecta a los regímenes no democráticos se cuenta ya con una buena tipología, como la de Linz²⁷⁵. Este autor formula su clasificación tomando en cuenta tres variables:

1. Grado de pluralismo político, que puede ir desde el monismo hasta el pluralismo limitado.

2. Grado de participación real de la población, que iría desde la movilización hasta la despolitización.

²⁷⁴ DAHL, R. A.: *La poliarquía. Participación y oposición*, cit., Apéndices A y B, pp. 205-222.

²⁷⁵ LINZ, J. J.: «Totalitarian and Authoritarian Regimes», in F. I. Greenstein y N.W. Polsby (eds.): *Handbook of Political Science*, vol III, Reading, Addison-Wesley, 1975, pp. 175-411. También Morlino se ocupa de esta cuestión: MORLINO, L.: «Los autoritarismos», in PASQUINO, G. (ed.): *Manual de ciencia política*, cit., pp. 129-178.

3. Grado de ideologización, que abarcaría el espectro que va desde la existencia de simples actitudes mentales a la centralidad de las ideologías.

Es fácil advertir que hay bastante coincidencia entre estas tres variables y los elementos del régimen expuestos con anterioridad. Por ejemplo, algunos aspectos de las formas de participación y del grado de ideologización coinciden con las normas del régimen. Otros aspectos de las formas de participación, del grado de pluralismo y del grado de ideologización, se concretan en las estructuras de autoridad.

Teniendo en cuenta las anteriores variables, Linz distingue entre dictaduras, regímenes totalitarios, regímenes tradicionales y regímenes autoritarios, con las subdivisiones correspondientes, tal como queda reflejado a continuación:

- a. Dictadura
- b. Regímenes totalitarios
- c. Regímenes tradicionales
- d. Regímenes autoritarios

Esta tipología merece, al menos, alguna aclaración adicional²⁷⁶.

- a. Dictadura

Por dictadura Linz entiende «un gobierno interino surgido en un período de crisis, que no se ha institucionalizado y representa una ruptura respecto a las reglas institucionales sobre el acceso y el ejercicio del

²⁷⁶ Por supuesto, el resumen esquemático que sigue no hace justicia al complejo entramado estudiado por Linz.

poder, propias del régimen anterior, sea éste democrático, tradicional o autoritario»²⁷⁷.

b. Regímenes totalitarios

Sus características son las siguientes:

- Una ideología desarrollada y articulada que se encuentra tanto a nivel de comunidad política como en las normas y estructuras de autoridad del régimen.

- Un partido único muy desarrollado, junto a otras organizaciones que mantienen a la comunidad política en un estadio de movilización política continua.

- Todo el poder en manos de un individuo o de un pequeño grupo no responsable frente a los demás.

- Un estado de subordinación de los militares, a diferencia de otros regímenes no democráticos.

- Una práctica de terror y represión que golpea también dentro de la élite dominante y sanciona incluso a oponentes que únicamente lo son de modo potencial.

Ejemplos, tal vez los únicos, de este tipo de regímenes serían la Alemania nazi y la Unión Soviética en el período estalinista.

c. Regímenes tradicionales

La característica básica de estos regímenes reside en la concepción patrimonialista del Estado que tienen sus autoridades. Los *sultanatos* se basan en el poder personal de alguien que mantiene una relación con sus colaboradores fundada en el miedo y las recompensas. El poder se usa para fines esencialmente privados, sin ideología y sin la

²⁷⁷ LINZ, J. J.: «Totalitarian and Authoritarian Regimes», cit., p. 187.

presencia de un partido de masas. Por su parte las *oligarquías* (llamadas por Linz «democracias oligárquicas») serían lo que Dahl llama «oligarquías competitivas». En ellas predominan los elementos culturales más tradicionales y normalmente su base económica es agraria. Se caracterizan por alianzas políticas entre las élites detentadoras del poder central y los jefes locales, que ayudan a conseguir el voto a cambio de protección política o simplemente de no interferencia en el gobierno local, paternalista o autoritario.

d. Regímenes autoritarios

Este tipo de régimen merece tal vez una mayor atención por ser, junto a las democracias (o poliarquías), el grupo más numeroso en la actualidad. Las propiedades que lo definen son:

1. Pluralismo político limitado y no responsable.

El pluralismo político puede estar limitado por normas jurídicas o de hecho. Los líderes no son responsables frente a los ciudadanos; a lo sumo, lo son frente a los grupos de interés que los sostienen. Es frecuente que el proceso de reclutamiento de la élite política tenga lugar a través de alguna forma de cooptación. Ello tiene como consecuencia la formación de una élite heterogénea proveniente de la burocracia, del ejército, de profesionales, de grupos de interés y religiosos. El partido único aquí no desarrolla el mismo papel que en un régimen totalitario.

2. Carencia de una ideología compleja y articulada; presencia tan sólo de algunas actitudes mentales características.

Las ideologías se sustituyen por «mentalidades»²⁷⁸ particulares que, a pesar de ser más difíciles de difundir entre las masas o de utilizar en los procesos de socialización, hacen más sencillo un acuerdo de fondo entre las élites, por cuanto eliminan o atenúan posibles tensiones entre los distintos grupos que sostienen al régimen.

3. Baja movilización política en la fase intermedia de mayor estabilidad.

La falta de una ideología desarrollada repercute en la imposibilidad de mantener un alto nivel de movilización política²⁷⁹. Las autoridades no tienen interés en la movilización, sino más bien en lo contrario: despolitizar, hacer apolíticos o indiferentes a los miembros de la comunidad política. Precisamente el objetivo de mantener el equilibrio entre los diversos poderes existentes en el régimen se consigue más fácilmente sin recurrir a la movilización o sin mantenerla constante. De este modo, no es de extrañar que la política del régimen autoritario tienda a reducirse de hecho a la expresión y administración de intereses particulares.

4. Un líder (en raras ocasiones un grupo pequeño) detenta el poder y lo ejerce dentro de los límites formalmente mal definidos pero suficientemente claros.

Frente al principio democrático de la certeza del derecho se opone aquí el de incertidumbre. Puede suceder que los miembros de la comunidad política puedan prever las acciones sancionables, pero, de

²⁷⁸ La noción de mentalidad la toma Linz de GEIGER, T: *Die soziale Schichtung des deutschen Volks*, Stuttgart, Euke, 1932, esp. pp. 77-8.

todos modos, la ambigüedad y vaguedad normativa deja un notable espacio a la discrecionalidad del gobernante, de tal modo que en la práctica puede llegar a sancionar cualquier acto que en un momento dado exprese una forma de oposición al régimen. Y todo ello, por supuesto, con independencia de las tradiciones jurídicas y del desarrollo legislativo del país en cuestión.

Hasta aquí el esbozo de las tipologías de los regímenes democráticos (Dahl) y no democráticos (Linz). Mi objetivo no era desarrollar hasta en sus más ínfimos detalles tales clasificaciones, sino mostrar que existen y que pueden y deben ser utilizadas para comprender el cambio de régimen. Por supuesto, no resuelven todas las cuestiones. A pesar de que sean tipologías bien estructuradas y bien formuladas teóricamente, siempre pueden surgir problemas a la hora de concretar su campo de aplicación en la práctica. Tanto éstas como cualquier otras clasificaciones expresadas en términos de lenguaje natural, dada la inevitable vaguedad del mismo, no conseguirán que se identifique con seguridad los casos concretos en base a los tipos formulados.

Así, pues, mi propuesta a la hora de analizar el cambio de régimen político es la de referirse a tipologías presentes de regímenes e integrar los resultados de las mismas con lo que Morlino llama indicadores «estructurales» de cambio *fundamental* (cambio en el sistema de partidos

²⁷⁹ Sobre movilización política, cfr. MORLINO, L.: *¿Cómo cambian los regímenes políticos?*, cit., p. 245 y ss. y bibliografía allí citada.

y otros²⁸⁰). Pero, para precisar el carácter fundamental del cambio, se requiere antes establecer el grado y las modalidades del mismo²⁸¹.

5. Dimensiones del cambio

Morlino pone de relieve distintas dimensiones a partir de las cuales se puede analizar un cambio de régimen. De entre ellas, voy a referirme tan sólo a las que creo tienen interés para el presente trabajo: A) modo, B) dirección, C) lugar de origen y D) Profundidad.

A) Modo

Las dimensiones relevantes en relación al modo en que se produce el cambio pueden ser cuatro: a) continuo/discontinuo; b) acelerado/lento; c) pacífico/violento; d) externo/interno. Es preciso decir algo de cada una de estas dimensiones, en relación con el cambio de régimen.

²⁸⁰Así, de no tomar en cuenta tales indicadores estructurales, podría concluirse que no habría cambio de régimen político en los países en los que los partidos políticos no se hallan recogidos en la Constitución, cuando mediante ley ordinaria se pasara de un sistema multipartidista a un sistema de partido único. De nuevo, se pone de manifiesto que los criterios formales dejan sin explicación o dan explicaciones insatisfactorias a cuestiones que parecen importantes.

²⁸¹Difícilmente podría aquí describir de forma prolija lo que supone un cambio fundamental. Este puede cubrir varias etapas antes de traspasar un umbral crítico y pocas veces se puede hallar un «momento exacto». De tal complejidad da cuenta un estudio de Morlino en el que aplica sus tesis al cambio de régimen producido a raíz del paso de la Segunda República al régimen franquista (MORLINO, L.: *Dalla democrazia all'autoritarismo. Il caso spagnolo in prospettiva comparata*, Bologna, Il Mulino, 1981). En este estudio el autor distingue tres fases cuyo análisis detallado abarca un buen número de páginas: «Crisis y caída del régimen democrático» (pp.

a) Continuo/discontinuo

Esta distinción toma en consideración si la transformación tiene lugar de acuerdo con las normas de cambio prefijadas o si, por el contrario, supone una ruptura respecto a las normas de autotransformación y la introducción de criterios nuevos, no establecidos. Este es, de nuevo, el problema del cambio constitucional o inconstitucional. Ya he dicho que un cambio por el mero hecho de ser inconstitucional (discontinuo) no significa necesariamente que sea fundamental, es decir, que conlleve la pérdida de identidad del régimen.

El cambio continuo de régimen supone que los pasos que se dan en el mismo son la resultante de una adaptación frente al cambio de condiciones externas de orden social, económico o cultural hasta que llega el momento en que se supera el umbral de transformación, a partir del cual el régimen es distinto del anterior. Un cambio por adaptación, por supuesto, será difícil de observar con claridad. Pero el aspecto distintivo de la continuidad consiste en el hecho de que la adaptación tenga lugar siguiendo las normas de cambio preestablecidas en el régimen²⁸².

181-252); «La transición e instauración franquista» (pp. 253-322); «La consolidación autoritaria» (pp. 323-368).

²⁸² Sobre el error que supone atender pura y exclusivamente a esta dimensión, como hacen algunos teóricos del derecho, ya he hablado a lo largo de la Primera Parte.

Respecto a esta dimensión, Morlino observa que los regímenes autoritarios presentan una mayor rigidez, ya que es más difícil hallar en ellos normas internas de adaptación. Por eso, en estos casos es más habitual la transición discontinua de régimen (cambio con ruptura de las reglas y estructuras de autoridad del régimen anterior). Esta circunstancia se pondría de manifiesto, según Morlino, en el hecho de que el régimen autoritario habitualmente no logra sobrevivir a la desaparición del líder o del grupo gobernante. Es más, precisamente el momento de la sucesión de la autoridad es uno de los momentos más difíciles de este tipo de régimen y en el que se suele mostrar con claridad su falta de adaptación.

Así, pues, podría afirmarse que los regímenes democráticos en la tradición política liberal de los países occidentales han llegado a ser más flexibles y, por ende, consiguen adaptarse mejor a diversas estructuras socio-económicas²⁸³.

En este punto siempre se plantea el problema de la relación entre régimen político y desarrollo socio-económico. La bibliografía al respecto es muy abundante y su análisis escapa al propósito de estas páginas²⁸⁴. Por esta razón me limitaré tan sólo a recoger la hipótesis que sostiene Dahl respecto a los regímenes democráticos (poliarquías). Este autor mantiene que las oportunidades de que un país desarrolle y conserve un régimen democrático (poliarquía, en su terminología) dependen de la amplitud con que la sociedad y la economía del país favorezcan la alfabetización, la educación y las comunicaciones; creen un

²⁸³Creo que esto no siempre es así. Cfr., en tal sentido, la distinta posición de Garzón, *infra*, cap. IV, 2.

²⁸⁴ Vid. la citada en DAHL, R.A.: *La poliarquía. Participación y oposición*, cit., p. 67.

orden social pluralista y no centralizado; y prevengan las desigualdades extremas entre los estamentos políticos más importantes del país²⁸⁵.

Al margen de lo anterior, y en relación con la mayor o menor flexibilidad de los distintos tipos de regímenes, habría que decir que la tensión entre las instancias de cambio que proceden de la comunidad política y la respuesta represiva de los gobernantes puede alcanzar un punto de ruptura que depende de otras variables, tales como factores internacionales, cantidad de recursos de los gobernantes, etc. Estas serían las razones por las que el cambio continuo es más frecuente en los regímenes democráticos.

Respecto a la posibilidad de hallar indicadores, bastará prestar atención a las normas o reglas, formalizadas o consuetudinarias, que institucionalizan el cambio²⁸⁶. Pero hay algún problema, por ejemplo, en relación al factor ideológico. No es fácil encontrar indicadores que permitan establecer cuándo surgen y se imponen doctrinas con valores completamente diversos de los precedentes (discontinuidad) o si, por el contrario, las nuevas ideologías son una derivación de las precedentes o, en cualquier caso, se basan en los mismos valores o en creencias similares (continuidad).

b) Acelerado/lento

²⁸⁵ Cfr. DAHL, R.A.: *La poliarquía. Participación y oposición*, cit., pp. 66-115.

²⁸⁶ Para un estudio del cambio continuo o discontinuo a nivel sistémico, cfr. SARTORI, G.: *Parties and Party System. A Framework for Analysis*, vol. 1, Cambridge University Press, 1976, pp. 273-282. Hay tr. cast.: *Partidos y sistemas de partidos*, Madrid, Alianza, 1980.

Esta dimensión hace referencia a la duración del cambio, o más exactamente a la duración de la transición entre uno y otro régimen. En este sentido, cabe destacar que la velocidad del cambio depende en buena medida, entre otros factores, del grado de desarrollo político y socio-económico del propio régimen. El cambio puede ser, a tenor del tiempo que tarde en producirse una transformación, acelerado o lento. Se suele afirmar en este sentido que, mientras en los regímenes políticos tradicionales, los cambios —ya sean fundamentales o marginales— son lentos, en los sistemas políticos modernos o en vías de desarrollo se observa una importante aceleración histórica. Pero, en todo caso, no hay relación directa entre menor o mayor duración y cambio fundamental.

c) Pacífico/violento

Sobre el tema de la violencia en relación al régimen político existe una abundante bibliografía, que no voy a examinar aquí²⁸⁷. De nuevo, hay que decir que la presencia de violencia no es ni condición necesaria ni suficiente del cambio de régimen. Una transición continua o discontinua, lenta o acelerada, puede darse con independencia de cualquier utilización de la violencia.

Se suele distinguir, en base al grado y a la extensión de la violencia, entre tumultos, conspiraciones y guerras internas. Los tumultos serían desórdenes espontáneos con amplia participación popular (huelgas generales políticas, choques entre grupos privados, etc.). Las conspiraciones serían luchas bien organizadas con participación limitada

(conjuras de palacio, terrorismo repetido y a gran escala, golpes de Estado, etc.). Con las guerras internas se alcanzaría el máximo grado y extensión de la violencia (guerrillas por la independencia nacional, guerras civiles).

Algunas de estas formas de violencia, sobre todo las más suaves, pueden no comportar ningún cambio o sólo cambios marginales, como la sustitución del gobierno, o la dimisión de algún ministro. Pero pueden llevar al cambio de régimen. La probabilidad de que esto suceda tal vez sea mayor cuanto mayor y más demoledor haya sido el uso de la violencia. Por ejemplo, las guerras internas suelen dar como resultado el cambio de régimen.

Por otra parte, normalmente la transición continua se asocia a un cambio pacífico y la discontinua a uno más violento, Pero puede suceder lo contrario: una transición discontinua puede perfectamente llevarse a cabo de manera pacífica o con un empleo escaso de violencia. Un ejemplo de ello lo constituiría el golpe de Estado de Portugal de abril de 1974, en el que los militares emplearon muy poca fuerza para hacerse con el poder.

Este es un punto en el que se puede observar la estrecha relación existente entre el grado y la modalidad del cambio. En efecto, el cambio fundamental es más profundo y, por tanto, el nuevo régimen se parece menos al anterior cuanto más intenso, extenso y prolongado haya sido el empleo de la violencia. Así, por ejemplo, las guerras civiles y las guerras por la independencia nacional son las formas de violencia que seguramente comportan mayor diferencia entre el nuevo y el anterior

²⁸⁷ Cfr. MORLINO, L.: *¿Cómo cambian los regímenes políticos?*, cit., p. 51, nota 4 y bibliografía allí citada.

régimen. Tanto mayor cuanto más numerosos hayan sido los episodios violentos, mayor la pérdida de vidas humanas, más numerosa la población implicada y tanto más larga la duración de la guerra. Es sensato pensar que en estos casos queda en los líderes y en los gobernados una marca profunda que condiciona notablemente la formación del nuevo régimen.

d) Externo/interno

Esta dimensión tiene que ver con la localización de los actores o factores que inician el proceso de cambio. Un cambio de régimen puede tener origen interno. En estos casos son los propios líderes gobernantes los que desean modificar el régimen. Normalmente serían líderes que acceden al poder por vías legales y que luego aprovechan su posición de privilegio para provocar el cambio (recuérdese los llamados autogolpes de Estado). Pero también puede tener un origen externo. Los casos de origen externo podrían dividirse entre cambios intrasistémicos (que tienen su origen en los restantes componentes del sistema político, básicamente la comunidad política) y extrasistémicos (que proceden de los otros sistemas no políticos, destacadamente del sistema económico y del internacional)²⁸⁸.

²⁸⁸ Esta distinción no está explícitamente formulada por Morlino, pero creo que encaja perfectamente en su esquema.

Entre estos cambios externos, Morlino sólo dedica especial atención a la intervención internacional²⁸⁹. La intervención de una o más potencias extranjeras puede tener como consecuencia:

1. El mantenimiento del régimen

Puede ser que la intervención extranjera ayude a un Estado cuyo régimen político está en peligro a mantener su identidad.

2. La desaparición del régimen

Este caso supone, según Morlino, que los territorios y la población del antiguo régimen son absorbidos por una anexión o conquista militar por la potencia intervencionista. La desaparición puede ser total, con la asimilación completa del nuevo territorio o/y de su población por la potencia vencedora, o parcial, dando paso a una entidad en estado colonial, con mayor o menor autonomía administrativa. Esta «desaparición» de régimen de la que habla Morlino tiene una clarísima concomitancia con la tesis aquí mantenida de la división de niveles y perspectivas en relación a los problemas de identidad. En este caso, la desaparición del régimen político no es otra cosa que una consecuencia directa de la pérdida de identidad estatal (tercer nivel). Es precisamente esta pérdida de identidad estatal, la que hace que no tenga sentido hablar de subsistencia del anterior régimen político. El concepto de Estado (tercer nivel) es previo en sentido lógico al de régimen político (segundo nivel) y al de sistema jurídico (primer nivel), a los cuales sirve de soporte²⁹⁰.

3. La creación de un nuevo régimen

²⁸⁹ Cfr. MORLINO, L.: *¿Cómo cambian los regímenes políticos?*, cit., pp. 109 y ss.

Este nuevo régimen puede ser, a su vez, sólo formalmente independiente (República de Vichy en Francia), un régimen semiindependiente (La República Federal alemana en los años de la ocupación aliada) o independiente (Italia en los años siguientes a la instauración de la República). El ejemplo que Morlino da de independencia formal, creo que podría interpretarse simplemente como un caso de absorción por parte de Alemania.

La intervención extranjera no tiene por qué ser siempre una clara intervención militar; puede adquirir formas más «sutiles» de intervención indirecta y parcial. La intervención indirecta tiene lugar cuando un régimen extranjero ayuda financieramente a fuerzas internas o externas al régimen para derribarlo. Las numerosas guerras de liberación en Africa son un buen ejemplo de ello. La intervención parcial, por su parte, hace referencia a la posibilidad de que la intervención militar externa se limite a la mera provisión de personal técnico o que se emplee sólo en determinadas operaciones.

B) Dirección

Según la dirección del cambio éste puede ser:

a) Orientado/no orientado. Esta dimensión es relevante para mostrar que pueden haber cambios deseados o no. Las transformaciones pueden obedecer a unos fines y valores preestablecidos, es decir, ser fruto de una elección. Pero, aunque este tipo de cambio predomine actualmente, no dejan de existir cambios no previstos, y a veces no

²⁹⁰ Recordar lo dicho en supra, Primera parte, cap. 1.

deseados, que no se consigue controlar adecuadamente. Una vez más surge el problema de buscar indicadores de esta dimensión. Uno importante lo podría constituir la coincidencia o no entre valores, ideologías o religiones, de los grupos dominantes y de los gobernantes y los productos (*outputs*) obtenidos por el sistema.

b) En expansión/en contracción, según se expandan las estructuras, logrando así dirigir e interpretar las transformaciones en el ambiente, o, por el contrario, se contraigan o inmovilicen no adaptándose a esas transformaciones. Más en concreto, cambio en contracción quiere decir sobre todo:

1. Desmovilización de grupos activos; por ejemplo, un solo grupo social alcanza el monopolio del poder político tras anular la influencia de otros grupos que hasta entonces participaban en el proceso de toma de decisiones.

2. Desaparición de estructuras asociativas intermedias existentes antes en el sistema.

3. Disociación entre ideologías, valores y creencias presentes en la comunidad política y en el régimen, cuyo resultado termina siendo la expulsión de algunos valores presentes en la sociedad civil²⁹¹.

Todos estos cambios son compatibles entre sí, de tal forma que pueden darse simultáneamente.

C) Lugar de origen

²⁹¹De nuevo, este punto recuerda los planteamientos de Hart.

Según que el cambio proceda del interior del sistema político o del exterior, se tratará de un cambio interno o externo. El problema para tener en cuenta esta dimensión es que presupone que los límites del sistema son más o menos claros. De todos modos, a pesar de esa complejidad, se pretende poner de manifiesto que una transformación puede ser el reflejo de otros cambios producidos en el sistema económico, cultural o internacional, o, por contra, puede producirse de forma autónoma en el interior del sistema político o de sus componentes²⁹². Esta dimensión es relevante porque permite afirmar, por ejemplo, que no todo cambio económico supone un cambio de régimen político.

D) Profundidad

Esta es la dimensión más importante por lo que a este trabajo se refiere. Según sea la profundidad del cambio, estaremos frente a un cambio fundamental (pérdida de identidad) o frente a un cambio marginal. Morlino dice al respecto que el cambio marginal es una transformación limitada pero apreciable del sistema o de sus componentes. El fundamental supone, por el contrario, una transformación profunda; muda la lógica del sistema, sus componentes; se pasa a *otro* sistema, a *otros* componentes. Esta distinción es sumamente importante para el presente trabajo, puesto que tiene que ver directamente con el tema de la identidad. La pregunta a hacerse, entonces, es qué cambios en los demás

²⁹² Para esta dimensión, centrado ante todo en la importancia que la influencia internacional tiene sobre el régimen político, cfr. infra, sección 4, B) del presente capítulo.

componentes y/o en los factores son compatibles con el mantenimiento del *mismo* régimen.

Respecto a esta dimensión cabe añadir que los cambios más profundos no siempre tienen lugar de forma imprevista y como consecuencia de un único acto. Es más probable que un cambio fundamental sea el resultado de un conjunto de pequeños cambios marginales y graduales, hasta que superen el umbral de transformación más allá del cual el sistema pierde su identidad, pasa a ser «otro».

Morlino no dice nada más respecto a cuándo considerar que un cambio es fundamental. Pero creo que en este punto puede ser de utilidad la idea de Kaplan a la que antes aludí. Así, puede entenderse que el cambio será fundamental si en un régimen determinado se han modificado de tal forma sus elementos que obligan a inscribirlo en una clase distinta dentro de una tipología ampliamente compartida.

Una vez establecidas las distintas dimensiones a las que cabe reconducir un cambio, resulta oportuno realizar algunas precisiones al respecto.

La relación de dimensiones no pretende tener carácter exhaustivo y englobar todos los cambios posibles; aunque no hay duda que las dimensiones reseñadas se cuentan entre las más relevantes. En segundo lugar, se trata de continuos (salvo la dimensión externo/interno), cuyos polos extremos se mencionan en cada caso. Se puede localizar una zona de paso de un extremo a otro. Morlino llama a esta zona de paso «umbral de transformación» para indicar que, superado este umbral, un cambio continuo se convierte en discontinuo, uno pacífico adquiere caracteres violentos, y así sucesivamente. Junto al anterior, Morlino define

el «umbral de acontecimiento» como el punto, superado el cual, resulta evidente un cambio según las dimensiones indicadas²⁹³. Todas las dimensiones tienen un umbral de acontecimiento en la medida en que, en cualquier caso, es posible verificar cuándo unas manifestaciones nacientes y confusas se convierten en cambios propiamente dichos, respecto a alguna de las dimensiones explicitadas. Por último, los dos umbrales sólo pueden hacerse evidentes a partir de los indicadores empíricos para cada dimensión.

El entramado formado a partir de las distinciones precedentes permite realizar algunas observaciones adicionales. Por ejemplo, nada obsta para que se den, aunque no se trate de las hipótesis más frecuentes, un cambio discontinuo, que sea al mismo tiempo pacífico y marginal, o un cambio continuo, que sea violento y fundamental.

Del mismo modo, hay que insistir en el hecho de que no siempre la violencia engendra cambios fundamentales. En cuanto a la posible relación entre difusión y gravedad de los actos violentos, por un lado, y la profundidad y amplitud del cambio, por otro, hay que decir que es difícil de observar. En tal sentido, si bien es cierto que, una vez superado un cierto umbral de amplitud y gravedad, el suceso violento produce normalmente alguna transformación, el *quantum* de ésta no depende tanto, según Morlino, del grado de violencia cuanto de las distintas condiciones de la sociedad civil y del sistema político²⁹⁴.

Finalmente, la propuesta de conceptualización de Morlino es útil porque va acompañada de diversos indicadores que permiten

²⁹³ Cfr. MORLINO, L.: *¿Cómo cambian los regímenes políticos?*, cit., pp. 49-50.

operacionalizar los conceptos y ser de este modo provechosos a la ciencia política.

A modo de conclusión, puede realizarse una aplicación genérica de lo anterior. Recuérdese que los tipos de régimen de los que se ha hablado son 5:

- Dictadura
- Regímenes tradicionales
- Regímenes totalitarios
- Regímenes autoritarios
- Regímenes democráticos

La combinación entre ellos sugiere la posibilidad teórica de 20 transiciones de régimen. Pero pueden haber algunos descartes que simplifican la operación. Así, en primer lugar, cabe prescindir de la dictadura dado que, tal como se la definió, es un régimen siempre provisional. Esto dejaría las posibles combinaciones en 12. En segundo lugar, se pueden eliminar las transiciones que, partiendo de un régimen que no sea tradicional, se llega a éste. Este supuesto es teóricamente imposible por la propia definición de régimen tradicional. Además, en la historia no se han dado casos de paso de un régimen totalitario a otro democrático. Con tales restricciones, las posibles combinaciones son las 11 siguientes. De la mayoría de estas transiciones cabe hallar ejemplos significativos en la reciente historia europea:

- De tradicional a totalitario (U.R.S.S., 1917-24)
- De tradicional a autoritario (España, 1923)
- De tradicional a democrático (Inglaterra)

²⁹⁴ MORLINO, L.: *¿Cómo cambian los regímenes políticos?*, cit., p. 52.

- De totalitario a autoritario (U.R.S.S., 1953-56)
- De autoritario a totalitario
- De autoritario a democrático (España 1975-78)
- De democrático a totalitario (Alemania, 1933)
- De democrático a autoritario (España, 1936-39)

La forma de operacionalizar lo anterior pasa por aplicar todo lo dicho. Para observar el cambio habrá que hacer referencia a las características antes indicadas para cada tipo.

Por ejemplo, para comprobar si un régimen es democrático hay que comprobar si existen o no elecciones, sistemas de partidos, competencia, etc. También resultan claras las diferencias entre los regímenes tradicionales y los autoritarios o totalitarios. Más difícil resulta el paso de un régimen totalitario a uno autoritario o viceversa. Pero aquí de nuevo hay que tener en cuenta lo dicho en su momento: observar el papel del partido, las estructuras de movilización, el grado de desarrollo de las ideologías, etc.

Todos estas recomendaciones son tan sólo unas indicaciones sumarias simplificadoras del tipo de normas y estructuras de autoridad o de ciertos aspectos a los que hay que prestar especial atención²⁹⁵.

Hay que recordar, por último, que a cada uno de los ejemplos propuestos podrían aplicársele las dimensiones que antes se han comentado —cambio continuo/discontinuo, acelerado/lento, etc—, teniendo en cuenta obviamente que se trata de continuos de los que sólo

²⁹⁵Como muestra de la complejidad del tratamiento propuesto, cfr. en el próximo apartado el ejemplo tomado de Dahl de uso de indicadores empíricos a la hora de analizar una de las propiedades definitorias de un régimen democrático (las oportunidades que tiene la oposición).

se indican los polos extremos. Los casos particulares podrán colocarse en diversas posiciones intermedias en relación a estos polos. Surgiría así una clasificación de las diversas transiciones que podría llegar a ser un punto de partida útil para un análisis comparado mucho más profundo.

6. Críticas

Entre las críticas que pueden hacerse al planteamiento de Morlino merecen destacarse las siguientes:

a) Falta de precisión a la hora de definir la comunidad política. Por algunos ejemplos que menciona, comunidad política parece identificarse de nuevo con Estado independiente. Si fuera así, resulta difícil contemplar la comunidad política y el régimen como dos elementos del sistema político porque estarían, como ya he dicho tantas veces, a dos niveles distintos. La existencia de una unidad política independiente (3º nivel) es el soporte para circunscribir espacialmente al sistema jurídico (1º nivel) y al régimen político (2º nivel). En otros casos, sin embargo, el autor parece identificar la comunidad política con lo que comúnmente se llama «sociedad civil». Por lo tanto, las ambigüedades y confusiones que ya indiqué en relación a Easton se siguen dando en Morlino. Con la distinción en niveles que he propuesto creo que se gana en claridad y precisión.

b) Morlino opina que puede dejarse algo de lado el estudio de los valores, porque éstos se reflejan siempre en las normas. Pienso que esta idea podría reformularse de otro modo. Es plausible pensar que difícilmente cabe una variación de principios en una determinado sistema

político independiente sin que haya variación de normas (y de estructuras de autoridad). Pero esta afirmación sólo es cierta si se entienden las normas como los significados de los enunciados normativos. A pesar de que las autoridades a la hora de tomar sus decisiones aludan a unos mismos enunciados, un cambio en los principios que regían hasta ese momento implicará una interpretación distinta de aquéllos. De ahí la especial relevancia de los principios y valores a la hora de determinar el cambio de régimen.

c) Riesgo de formalismo, precisamente por lo dicho en b). Aunque bien es cierto que la definición de norma que dan tanto Morlino como Easton no es la más usual en el campo jurídico, como ya tuvimos ocasión de aclarar en su momento.

d) Se insiste mucho en los cambios internos y poco en los externos. No obstante, parece importante examinar con mayor detenimiento cambios extrasistemáticos tales como los provenientes del sistema económico.

No obstante, a pesar de las imprecisiones y de lo fundadas que estén estas críticas, el esquema de Morlino supone un avance en la conceptualización de esta temática. Pienso que hay que tomarlo como un punto de partida y no como un punto de llegada. Su construcción no resuelve todos los problemas. Pero los temas que trata son irrenunciables y la forma de hacerlo da la idea de la complejidad de los mismos, no reductibles a esquemas puramente formales. Por tanto, da pie para aportar un criterio material de identidad.

7. Una propuesta de criterio material de identidad

En la primera parte de este trabajo he criticado los criterios de identidad del orden jurídico que surgirían de la reconstrucción que he hecho de la doctrina de ciertos autores. He insistido en que el objeto de las críticas podría centrarse en el formalismo que caracteriza a tales criterios. Recuérdese que el formalismo tal como lo he definido aquí se puede manifestar de tres maneras:

1. Un criterio de identidad puede llamarse «formal», si otorga mayor relevancia al procedimiento de creación de normas que al contenido de las mismas.

2. El criterio también puede ser «formal» o «material» en relación al principio que lo sustente. Es más formal un criterio basado en el principio de origen normativo que el principio de origen factual. El criterio formal es el que tiene en su base una norma; el criterio material, el que está basado en un hecho empírico.

3. Por último, un criterio de identidad será «formal» si es un criterio jurídico autónomo y «material» si es heterónimo. Un criterio de identidad será jurídicamente autónomo cuando pretenda establecer el momento del comienzo y el de la desaparición de un orden jurídico únicamente a partir de criterios jurídicos; será heterónimo si considera que tales eventos no pueden ser felizmente explicados sin hacer referencia a consideraciones sociales y políticas.

Teniendo en cuenta estas definiciones y extrayendo las oportunas consecuencias de lo visto en esta segunda parte, es posible formular un criterio material de identidad del orden jurídico, a través de la

reducción de la expresión «identidad del orden jurídico» a la de «identidad del régimen político».

Un régimen político, por su parte, mantiene su identidad hasta que no ha sufrido modificaciones fundamentales. Una modificación es fundamental si su presencia obliga a inscribir al régimen en cuestión en otro tipo dentro de una clasificación dada. En tal sentido, he propuesto las clasificaciones de Dahl y Linz, con sus respectivos indicadores empíricos.

Sin embargo, pocas veces sucederá que pueda precisarse con total exactitud «el» momento en que, por ejemplo, un régimen político ha dejado de ser democrático y ha pasado a ser autoritario. En muchas ocasiones un cambio fundamental es fruto de sucesivas y pequeñas variaciones. Además, las tipologías se forman a partir de continuos, con lo que, ante casos claros que puedan hallarse en los polos, la mayoría se encuentran más o menos cercanos a los mismos. Con todas estas matizaciones tal vez se pierda precisión en una posible contestación al interrogante: ¿cuándo muta la identidad de un régimen político? Pero la pérdida de precisión en la respuesta se ve compensada con el realismo del planteamiento.

El criterio propuesto, en definitiva, es material, por cuanto, en contraposición a los criterios formales:

a) Presta atención al contenido de las normas del orden jurídico que se modifican. Las normas jurídicas relevantes serán aquellas que identifican 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 unidad

política independiente se han producido siguiendo el procedimiento establecido o apartándose del mismo.

El factor de la discontinuidad puede servir tan sólo como índice de una posible pérdida de identidad del régimen político, pero no es ni condición necesaria ni suficiente, como ya mostré en su momento²⁹⁶.

Sobre el empleo de la violencia puede decirse otro tanto. Su presencia a gran escala suele ser indicativo de cambios importantes en el régimen político. Pero éste puede ser el método «normal» de solventar ciertos problemas en algunos Estados, con lo cual no ofrece plenas garantías como criterio decisivo²⁹⁷. Lo mismo cabría afirmar de la aceleración o lentitud de los cambios, así como de su origen endógeno o exógeno.

Lo decisivo es determinar si el cambio en cuestión es o no fundamental. Mi propuesta, amparada parcialmente en los textos de Morlino y de Kaplan, es que ante todo 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

²⁹⁶Cfr. supra, Primera Parte, cap. II, 3, B).

²⁹⁷Cfr. infra, capítulo siguiente.

propios autores de las clasificaciones proponen, se puede llegar a resultados satisfactorios²⁹⁸.

Huelga decir que ésta no es una cuestión matemática. Toda clasificación que emplee el lenguaje natural, por muy tecnicado que éste sea, tendrá límites imprecisos debido a la vaguedad y textura abierta de este tipo de lenguaje. Pero si la clasificación, además de ser útil, cumple con los requisitos de exclusión y exhaustividad (como creo que puede sostenerse respecto a las propuestas por Dahl y Linz), nada habrá que objetar según el estándar académico al uso.

b) Se fundamenta en última instancia en hechos empíricos. No interesa tanto lo que establecen la constitución y las leyes (como enunciados normativos), sino el comportamiento y las actitudes de los miembros de la comunidad política y de las autoridades. Recuérdese que el elemento básico de la teoría empírica eastoniana son interacciones políticas y no normas jurídicas. En este sentido, pasar del principio de origen (Kelsen) al de aceptación (Hart) es ya un avance. Pero esta aceptación habría que hacerla extensiva no sólo a las normas jurídicas, sino también a los valores y principios que inspiran un determinado régimen y a las estructuras de autoridad. Por tanto, debería hablarse de aceptación de los tres elementos que componen todo régimen: principios, normas y estructuras de autoridad. El cambio de régimen se produce cuando, en una determinada unidad 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

²⁹⁸Ver el resultado en la clasificación exhaustiva de Dahl. Cfr. DAHL, R.A.: *La poliarquía. Participación y oposición*, cit., Apéndices A y B, pp. 205-222.

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. Y este criterio sólo lo puede proporcionar, desde el punto de vista teórico, una tipología de regímenes políticos²⁹⁹.

Puesto que se trata en última instancia de una cuestión de hechos, son útiles los indicadores empíricos que proponen en cada caso Dahl y Linz. Tales indicadores no únicamente hacen referencia a la aceptación de normas jurídicas por parte de los *officials*. Así, sólo por poner un ejemplo, entre las variables utilizadas como indicadores de las oportunidades que tiene la oposición en un régimen democrático o poliarquía (recuérdese que era una de las propiedades definitorias del mismo) el estudio de Dahl ha tenido en cuenta diversas variables.

Una variable importante, en este sentido, es el grado de libertad de prensa. Caben estas posibilidades:

- Completa (no hay censura o control gubernamental de la prensa interna ni de los corresponsales extranjeros).
- Intermitente (censura ocasional o selectiva de la prensa, tanto interna como extranjera).
- Interiormente ninguna (censura interna estricta; ninguna restricción en el envío de noticias extranjeras ni censura selectiva de los envíos).

²⁹⁹Creo que de este criterio de relevancia carece, por ejemplo, la regla de reconocimiento hartiana, con lo cual no puede contestar, por ejemplo, cuándo los cambios interpretativos de las normas suponen un cambio de regla de reconocimiento (cfr. supra, cap. III, 4, B), a). Lo mismo puede decirse de la versión garzoniana de la regla de reconocimiento (cfr. infra, cap. IV). En todo caso, recuérdese que aquí se adopta la noción «analítica» de sistema (y, por tanto, de régimen) tal como fue formulada por Easton.

- Interior y exteriormente ninguna (censura y control estrictos directa o indirectamente, tanto para la prensa nacional como para la extranjera).

Las demás variables que Dahl toma en consideración en relación a la característica de la oposición, y sobre cuyos indicadores concretos no voy a entrar, son: el status constitucional del régimen habitual; el sistema electoral habitual; el grado de libertad de los grupos de oposición; la articulación de intereses mediante grupos asociativos y mediante partidos políticos; suma de intereses en la cámara legislativa; sistema de partidos-cuantitativo, distribución horizontal del poder; situación legislativa habitual³⁰⁰.

Determinar la aceptación de los funcionarios del sistema atañe, y aún parcialmente, sólo a algunas de las cuestiones citadas. Pero nadie negará que todas ellas son relevantes a la hora de establecer la identidad de un régimen político.

c) Es jurídicamente heterónomo. Con todo lo que he dicho resulta claro que el criterio propuesto no es jurídicamente autónomo. La propuesta de reducción parcial de la teoría del derecho ha ido encaminada precisamente a dar cabida a otras cuestiones más allá de las normas jurídicas, sin negar por ello que éstas tengan también su importancia.

A modo de resumen puede decirse lo siguiente. He tratado de mostrar que puede hacerse una correspondencia entre orden estatal y sistema político independiente, así como entre orden jurídico y régimen político. Desde el punto de vista del régimen político, lo que resulta

determinante es el contenido y no tanto los procedimientos. Las tipologías (éstas u otras) permiten identificar los contenidos relevantes. Ello hace posible independizar este tema de la cuestión acerca de si el cambio es o no constitucional, ya que lo que interesa es si las normas que cambian afectan a la identidad del régimen político. De todos modos, lo anterior no significa que el hecho de que el cambio sea inconstitucional sea totalmente irrelevante; es un indicio de que ha podido darse un cambio de orden jurídico, pero es necesario que se confirme a través del análisis de otros indicadores. Para quien admita la conexión entre derecho y política, estas tipologías (u otras que puedan alcanzar un mayor consenso) son relevantes. La identidad del orden jurídico es una función de la identidad del régimen político. A cada orden jurídico (entendido, recuérdese, como *sucesión* de sistemas jurídicos) le corresponde un régimen político y viceversa.

Una última pregunta queda por formular: ¿podrían quedar englobados todos estos elementos en el concepto de regla de reconocimiento de la manera como la entiende Hart? Después de lo dicho, la respuesta negativa parece evidente. Sin embargo, una sugerente propuesta de Garzón Valdés hace que no pueda abandonarse sin más esta cuestión. Así, pues, antes de dar por concluida la presente investigación hay que tomar en cuenta este nuevo planteamiento.

³⁰⁰Cfr. DAHL, R.A.: *La poliarquía. Participación y oposición*, cit., pp. 211-213.

Capítulo IV: Régimen político y regla de reconocimiento

1. La propuesta de E. Garzón Valdés: planteamiento general

Garzón trata el tema de la identidad en su estudio acerca del concepto de estabilidad de los sistemas políticos³⁰¹. Su propuesta consiste en sostener que la estabilidad es una propiedad disposicional de los sistemas políticos.

Los enunciados que predicen propiedades disposicionales indican que la persona o cosa de que se trate tiene una cierta capacidad, tendencia o propensión. A pesar de que no sean descripciones de estados de cosas observados ni narren acontecimientos, se relacionan con éstos, puesto que sólo son verdad si los satisfacen. Por eso, siguiendo resumidamente el razonamiento de Garzón, si se admite que el enunciado «S es un sistema político estable» es disposicional, su verdad o falsedad dependerá de la verdad o falsedad de la descripción de ciertos comportamientos o acontecimientos a los que llama «reacciones de estabilidad». Pero como toda reacción de estabilidad apunta siempre al mantenimiento de las características esenciales del sistema (que es tanto como decir a su identidad), las reacciones de estabilidad pueden ser llamadas también «reacciones de identidad».

A partir de las anteriores premisas, Garzón propone una primera definición: «Un determinado sistema político (S) es estable si y sólo si en

³⁰¹ GARZÓN VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

determinadas circunstancias (C) tiene la tendencia (disposición) a reaccionar en forma tal que logra mantener su identidad (R_i)»³⁰².

Para desarrollar tal definición Garzón debe aclarar, al menos, lo que entiende por sistema político (S), cuáles son las circunstancias (C) a las que se refiere y en qué consiste la identidad (I) de S. Para nuestro tema interesa especialmente saber qué se entiende por sistema político y cuál es el criterio de identidad propuesto.

Por lo que se refiere a la definición de sistema político, Garzón explícitamente sigue a Weber. Define el sistema político como una unidad de reglas, normas de comportamiento y conductas humanas vinculadas con el ejercicio del poder. La definición así dada es tan amplia como la que ofrece Easton. Pero ya he dicho la dificultad que supone manejar un concepto tan amplio y de ahí la propuesta de emplear el concepto más concreto de régimen político tal como se definió anteriormente.

Pero, además, parece que el autor utiliza indistintamente «sistema político» y «régimen político», como cuando, al establecer las condiciones de existencia de un sistema político, afirma: «es obvio que para que un *sistema político-jurídico* exista no basta que un grupo de personas más o menos amplias adopte un punto de vista interno (...). Se requiere, además, que quienes lo adoptan tengan el poder de imponer su regla de reconocimiento en la respectiva sociedad. (...). Y es evidente que el poder de imposición requerido variará según los *regímenes políticos*

³⁰² GARZON VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, cit., p. 12.

entre los polos extremos de una dictadura unipersonal y una democracia efectiva»³⁰³.

En suma, creo que sobre este punto Garzón no es siempre consecuente con la definición propuesta. Cuando usa la expresión «sistema político» lo hace, al menos, en tres sentidos, que, clasificados de menor a mayor grado de abstracción, serían:

a) Como régimen político.

Cuando se usa esta acepción de «sistema político» coincide *grosso modo* con la definición dada por Morlino anteriormente. Ejemplos de este uso creo que son la mayoría de los que se encuentran en el libro de Garzón. Así, muchos de los casos concretos de «sistemas políticos», referidos a América Latina y analizados en la segunda parte del libro se corresponden claramente con el concepto de régimen político dado aquí. Ejemplos: el «sexenio» boliviano (1947-1951)³⁰⁴; el México de Maximiliano (1864-1867)³⁰⁵; el régimen político imperante en Costa Rica desde la promulgación de la Constitución de 1949³⁰⁶; etc.

Por todo ello, creo que es posible afirmar, sin falsear el núcleo del estudio de Garzón, que en buena medida el objeto del que se predica la estabilidad (y la identidad) es el régimen político, según la terminología aquí adoptada.

b) Como sistema político.

³⁰³ GARZON VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, cit., p. 21 (cursiva ajena al original).

³⁰⁴ GARZON VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, cit., p. 46.

³⁰⁵ GARZON VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, cit., p. 50.

³⁰⁶ GARZON VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, cit., p. 80.

A pesar de lo que acabo de sostener, Garzón también usa la expresión «sistema político» para englobar más casos que los que estrictamente entrarían en nuestra definición de régimen político. Ello sucede, por ejemplo, cuando se incluye, junto al régimen, el elemento «comunidad política» (en la terminología confusa de Easton y Morlino). Ejemplo: el caso del régimen colonial español en América³⁰⁷. Aquí se mezclan, en mi opinión, dos cuestiones diversas que he procurado distinguir claramente desde un principio:

1. La que se refiere al régimen político (segundo nivel) y que contesta a las preguntas: ¿es este régimen democrático o no democrático? En el caso de que sea, por ejemplo, no democrático, ¿es un régimen dictatorial, autoritario o totalitario?

2. La que hace referencia al Estado (tercer nivel) y que indaga acerca de si en un determinado territorio se ha constituido una unidad política independiente. En el ejemplo colonial español, la pregunta a formular a este nivel es si los habitantes del territorio denominado América Latina tenían (y en qué grado) soberanía sobre el mismo o, por el contrario, eran dependientes del Estado español. Conceptualmente, esta pregunta tiene prioridad lógica sobre la anterior. Contestar al segundo nivel presupone haber dado respuesta antes al tercer nivel. Y esto, ni más ni menos, es lo que está implícito al hablar de régimen colonial *español*.

c) Como cambio epocal.

Hay una tercera acepción de «sistema político» que se mueve a un nivel de abstracción mucho mayor. Se trata de aquellos casos en los

³⁰⁷ GARZON VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, cit., p. 60 y ss.

cuales se hace referencia al sistema feudal o al sistema capitalista. Por ejemplo:

Que la estabilidad de un sistema político no está necesariamente ligada con la legitimidad entendida como aumento de participación lo demuestran los tres siglos de dominación colonial estable en la América Española y los casi diez siglos de régimen feudal en Europa. En ambos *sistemas*, la apatía (...)» fue un excelente factor de estabilidad³⁰⁸.

O, en otro lugar: «El régimen feudal fue estable durante casi mil años, pero sería absurdo que alguien quisiera aplicar esta pauta a la democracia suiza³⁰⁹.

Por supuesto, descartada, como ya se dijo al hablar de Easton, la posibilidad de establecer sistemas «naturales», cada autor es muy libre de escoger el criterio que le parezca oportuno. Pero ya se dijo que tampoco es una cuestión totalmente arbitraria. Por ejemplo, respecto a esta última acepción, en mi opinión, «sistema feudal» puede contraponerse a «sistema capitalista», pero no parece estar al mismo nivel de abstracción que «democracia suiza». Bueno es recordar en este punto que la distinción entre sistema feudal y sistema capitalista tal como aparece, por ejemplo, en Marx, está basada en una diferencia entre modos de producción. Por tanto, con ella se pone el acento más en las

³⁰⁸ GARZON VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, cit., p. 22 (cursiva ajena al original).

³⁰⁹ GARZON VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, cit., p. 43.

propiedades económicas del «sistema» que en propiedades directamente políticas (a pesar de que el propio Marx establece que éstas están determinadas por aquéllas). En cambio, con expresiones tales como «régimen político» (democráticos o autoritarios, por ejemplo) se pretende subrayar de forma más inmediata las propiedades políticas.

En lo que sigue, y en consonancia con las anteriores precisiones, entenderé que la expresión «sistema político» empleada por Garzón coincide generalmente con la de «régimen político», según la definición que he dado. Por supuesto, en los casos que no sea así lo pondré de manifiesto oportunamente. Aclarado este punto, es momento de estudiar el criterio de identidad propuesto por Garzón.

2. Regla de reconocimiento como criterio de identidad del régimen político

Garzón propone utilizar el concepto de regla de reconocimiento de Hart como criterio de identidad del «sistema político-jurídico», según su propia terminología (en uno de sus usos mencionados, ello equivale a decir que es criterio de identidad del régimen político). Por eso, en la definición que da de régimen político estable, vista anteriormente, se puede sustituir «reacciones de identidad» por «reaccionar de una forma tal que logra mantener su regla de reconocimiento». Esto significa que, si los cambios que acontecen en el sistema o en el régimen se realizan de acuerdo con la regla de reconocimiento, se mantiene su identidad. Esta distinción es equivalente a la que he formulado entre cambio *de* régimen y cambio *en el* régimen.

Para especificar algo más la anterior afirmación Garzón recurre a los conceptos de «explicación» y «mutación» tal como los ha formulado Kurt Hübner en relación a los sistemas científicos. Para este autor, la explicación de un sistema consiste en su desarrollo sin modificar sus fundamentos, mientras que la mutación se da cuando varían los fundamentos del mismo³¹⁰. Aplicado a nuestro tema, la explicación se daría en aquellos casos en los cuales los cambios significan una confirmación de los fundamentos del régimen político, es decir, de la regla de reconocimiento.

Ello tiene ciertas consecuencias:

1. La mayor capacidad de explicación de un régimen no va ligado necesariamente a la existencia de reglas de cambio democrático. Según Garzón, todo régimen político tiene sus propias reglas de cambio explicativo y no sólo los regímenes democráticos. Esta afirmación parece contradecir la posición de Morlino, cuando afirmaba que los regímenes democráticos son más flexibles³¹¹. En este punto creo que tiene razón Garzón, puesto que su posición permite mantener, a partir de una adecuada contextualización, un relativismo que se ajusta mejor a la realidad. En su opinión, lo esencial es tomar en cuenta la regla de reconocimiento para determinar la validez del cambio. Ello supone que «tipos de cambio que dentro de un sistema pueden ser expresiones de caos, en otro puedan ser la "vía normal"»³¹². Esto, como se recordará, es uno de los elementos positivos que he procurado destacar de las tesis de

³¹⁰ HÜBNER, K.: *Kritik der wissenschaftlichen Vernunft*, Friburgo/Munich, 1972, p. 210 y ss. (citado por GARZON VALDES, E.: op. cit., p. 30.)

³¹¹ Recordar lo dicho en supra, Segunda Parte, cap. III, 4, B).

Easton, para hacer frente a algunas críticas a mi modo de ver injustificadas³¹³.

2. La mutación del régimen no depende de la frecuencia de los cambios. Cuando los cambios no son expresión de abandono de la regla de reconocimiento por más frecuentes que sean, son siempre reacciones de identidad. Esto también coincide con lo hasta aquí expuesto.

Así, pues, Garzón considerará las reacciones de identidad de un régimen político como las que se producen de tal forma que los cambios sean una explicación de la regla de reconocimiento de dicho régimen; concretando más: la reacción de identidad (estabilidad) consistirá «en la vigencia de las reglas primarias de obligación o en el uso de las reglas secundarias de adjudicación y cambio para la solución de los conflictos»³¹⁴.

Sin embargo, siempre existirán casos que se moverán en la frontera entre la explicación y la mutación del régimen. Estos son «casos límites» y merecen una especial atención por su relevancia respecto al tema aquí tratado.

Los casos límites a los que alude Garzón están divididos según que afecten al punto de vista interno o a la capacidad de imposición. La elección de estos criterios no es casual. Ambas características son consideradas por Garzón (y creo que con razón) como las condiciones

³¹² GARZON VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, cit., p. 30-31.

³¹³Cfr. *supra*, Segunda Parte, cap. II, 3).

³¹⁴ GARZON VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, cit., p. 32.

necesarias y conjuntamente suficientes de la existencia del régimen³¹⁵. Por eso, parece consecuente que las crisis de identidad de un régimen (que no otra cosa son estos «casos límites») afecten de algún modo a sus condiciones de existencia. Veamos, pues, el desarrollo de este punto.

A) Casos límites vinculados al punto de vista interno

Garzón presta atención a tres casos límites en los que se pone en peligro el punto de vista interno. Estos casos son: i) los que resultan de contradicciones internas de la regla de reconocimiento; ii) los que derivan de su incapacidad para dar solución a problemas que surgen dentro del ámbito de su vigencia y iii) los que, a pesar de su gravedad, se pueden solucionar a través de una explicación de la regla de reconocimiento.

i) Garzón trata tres subtipos de contradicciones de la regla de reconocimiento a las que podemos llamar, respectivamente, inconsistencia de criterios, inconsistencia técnica e inconsistencia lógica.

Una *inconsistencia de criterios* es aquella en la que la regla de reconocimiento contiene dos criterios contradictorios para determinar la membresía de ciertas normas del sistema. Uno de los ejemplos que

³¹⁵Creo que en este punto hay un acuerdo bastante generalizado también en el campo de la teoría política. Por ejemplo, Lipset, al hablar de la estabilidad de los sistemas políticos toma en consideración las variables de la legitimidad (punto de vista interno hartiano, «legitimación» en la terminología empleada por Garzón) y la efectividad (capacidad de imposición). Así, los «casos límites», podrían ser llamados, según que afecten a una u otra variable, crisis de legitimidad o de efectividad, respectivamente. Cfr. LIPSET, S.M.: *Political Man*, Doubleday and Co., 1960, pp. 77-83. Como ya dije en su momento, también puede entenderse en el mismo sentido la propuesta de Easton de considerar como variables esenciales del sistema político la capacidad para asignar elementos de valor para una sociedad (poder de imposición) y la capacidad para inducir a la mayor

aduce Garzón es el de la desobediencia civil en Estados Unidos. En este país, en los años 60 y 70 la regla de reconocimiento parecía admitir dos posibilidades distintas y contradictorias con respecto al tratamiento de la población negra, situación que se manifestaba en las actitudes opuestas del poder ejecutivo de algunos Estados federales, por un lado, y las del Congreso y la Corte Suprema, por otro. En el conflicto, acabaron imponiéndose las tesis de estos últimos, porque, como dice Garzón, además de la presión que supusieron los actos de desobediencia civil, «la población blanca eliminó inconsistencias en sus creencias respecto a la regla de reconocimiento». Y concluye: «Percibida la inconsistencia, ésta fue superada recurriendo a las *propias reglas* del sistema»³¹⁶.

El planteamiento de Garzón en este punto no es muy claro. Puede objetársele lo siguiente. Si la regla de reconocimiento es el criterio de identidad del régimen; y si, al mismo tiempo, tal regla contiene dos criterios contradictorios, no se comprende cómo puede servir para determinar cuáles son las *propias reglas* del régimen: o bien la regla de reconocimiento contenía sólo uno de estos criterios (en cuyo caso ya no hay inconsistencia de criterios), o bien contenía efectivamente criterios contradictorios (con lo cual no se puede saber cuál de ellos hay que utilizar para comprobar si la reacción al conflicto es una reacción de explicación del sistema y, por tanto, de identidad, o, por el contrario, se trata de una reacción de mutación y, por consiguiente, de cambio de identidad). Sería preciso, en este caso, disponer de un metacriterio.

parte de los miembros a aceptar estas asignaciones como vinculantes (punto de vista interno). Cfr. supra, cap. II, B), c) de esta Segunda Parte.

Por lo que respecta a la *inconsistencia técnica*, ésta se da en aquellos casos en que la regla de reconocimiento postula la obtención de cierto fin, pero, al mismo tiempo, rechaza la realización de la condición necesaria para alcanzarlo. Serían ejemplos de inconsistencia técnica aquellos casos en que, por ejemplo, las élites políticas de ciertos países consideran que es posible (o así al menos lo manifiestan) establecer un modelo de desarrollo capitalista y al mismo tiempo siguen manteniendo lastres a ese mismo desarrollo hasta tal punto que lo imposibilitan. Un ejemplo dado por Garzón de este tipo de inconsistencia es el del gobierno militar de Onganía en Argentina (1966), el cual proclamaba el *slogan* de «Argentina potencia», mientras al mismo tiempo destruía la Facultad de Ciencias Exactas de Buenos Aires en la «noche de los bastones largos». Según Garzón, una inconsistencia de este tipo muy difícilmente puede ser superada intrasistemáticamente, debido precisamente a la fuerza de la relación causal que subyace. Por tanto, la consecuencia es la mutación manifiesta o disimulada del régimen, desplazando el objetivo deseado a la regla de reconocimiento proclamada. Esta solución, de todos modos, puede contribuir a crear nuevas expectativas y, de este modo, dar lugar a nuevos casos límites del tipo ii).

Respecto a este punto, únicamente recordaré la división conceptual entre sistema económico y sistema político. Para nuestro tema, lo que se debe tratar de comprobar es si las modificaciones en el sistema económico repercuten en un cambio fundamental del régimen político. Este también es un buen argumento para preferir utilizar el

³¹⁶ GARZON VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, cit., p. 34. (Cursiva ajena al original).

concepto más restringido de régimen político. Los cambios económicos son cambios exógenos y extrasistemáticos respecto al régimen y que tendrán efectos sobre éste según cual sea su relevancia. Pero lo que importa, desde la perspectiva del análisis político, es ver si contribuyen a variar los tres elementos que componen el régimen hasta un punto tal que se supere el umbral de transformación (en la versión de Morlino) o hasta que una descripción adecuada del mismo suponga incluirlo en una clase distinta (en la tesis que prefiero). De todos modos, sobre estas cuestiones volveré más adelante al criticar el empleo que de la regla de reconocimiento hace Garzón³¹⁷.

La última inconsistencia a mencionar es la *inconsistencia lógica* de la regla de reconocimiento. Por ejemplo, no es posible lógicamente (por definición) pretender establecer un régimen democrático (que implica, por ejemplo, reconocer la participación política de todo ciudadano) y, al mismo tiempo, mantener las reglas de juego de un régimen autoritario (tales como participación política restringida). Pienso que esta observación estaría en consonancia con el postulado que he sostenido, según el cual un cambio fundamental de los principios es condición suficiente de un cambio de las normas jurídicas.

ii) Hay ciertos casos límites caracterizados por la incapacidad de la regla de reconocimiento para dar soluciones adecuadas dentro de su ámbito de aplicación. Se trata del problema de la frustración de expectativas. Esto podría ser expresado en la terminología de Easton diciendo que se trata de aquellos casos en que los productos del sistema

³¹⁷ Vid. infra., sección 3 del presente capítulo.

no satisfacen las demandas de sus miembros y, por ello, pueden contribuir al fracaso en el apoyo específico de éstos hacia aquél.

El resultado de frustrar las expectativas de la población puede ser la mutación traumática del régimen (revolución). Pero también puede suceder que el refuerzo del poder de imposición compense tales deficiencias, con lo cual se puede seguir manteniendo el régimen. Este poder de imposición, matiza Garzón, puede llevarse a cabo mediante el recurso a la fuerza física, pero también mediante «los argumentos ideológicos incluidos en la regla de reconocimiento, (los cuales) pueden funcionar como excelentes amortiguadores frente a la frustración de las expectativas»³¹⁸. Un ejemplo de esto último lo constituiría el régimen mexicano, cuya estabilidad (mantenimiento continuado de su identidad) se debe, más que a la satisfacción de expectativas o al uso de la fuerza, a la capacidad de postergar soluciones a los problemas que le permite la ideología de una revolución permanente.

iii) El tercer tipo de casos límites agrupa aquellos que, a pesar de su gravedad, es posible solucionarlos a través de la explicación de la regla de reconocimiento. El rasgo distintivo de estos casos hay que buscarlo, según Garzón, en el hecho de que «su gravedad es tal que, en caso de no dárseles una solución a través de la explicación, pueden conducir a una mutación»³¹⁹. Uno de los ejemplos que cita es el de la declaración del estado de sitio en octubre de 1985 por parte del gobierno de Raúl Alfonsín. Se tomó esta medida prevista en la constitución argentina precisamente frente a un caso límite que ponía en peligro el

³¹⁸ GARZÓN VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, cit., p. 37.

régimen, es decir, apuntaba hacia su mutación. Lo mismo podría decirse de regímenes no democráticos: la internación de disidentes soviéticos en clínicas de enfermos mentales hay que considerarla una reacción de identidad frente al peligro de mutación del régimen.

La delimitación de este tercer tipo de casos presenta, a mi modo de ver, algún problema. Garzón distingue estos casos de «otros que serían de simple aplicación de las reglas del sistema» debido a la especial gravedad de los primeros. La gravedad, a su vez, la define en función de que pueden dar lugar, caso de no mediar una explicación, a una mutación del régimen. Pero, según la propia formulación de Garzón, los cambios en el sistema pueden consistir o en su explicación o en su mutación. Ahora bien, si la clasificación entre explicación y mutación es exhaustiva, todo caso en que no se dé la primera se dará la segunda. Si esto es así, todos los casos serían de especial gravedad, ya que, según la definición ofrecida, «en caso de no dárseles una solución a través de la explicación, pueden conducir a una mutación».

B) Casos límites vinculados al poder de imposición

Por lo que respecta a la capacidad de imposición de la regla de reconocimiento, el abanico de posibilidades de casos límites se extiende, según Garzón, desde la violación frecuente de sus reglas primarias de obligación o a la no aplicación de sus reglas secundarias de adjudicación y cambio, hasta los hechos de violencia política y levantamientos armados contra el sistema. Además, común a casi todos ellos, es el hecho de que

³¹⁹ GARZON VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, cit., p. 38.

quienes plantean el caso límite «por lo general procuran imponer una nueva regla de reconocimiento. Esto crea una situación patológica dentro del sistema, cuya manifestación extrema es la guerra civil»³²⁰.

Todos los casos límites que hemos visto se referían a problemas que surgen dentro del sistema. Pero, tal como dice Garzón, el caso límite puede ser provocado desde el exterior, mediante agresiones armadas o económicas. De entre estos casos, existirían unos, a los que Garzón llama «de dependencia», que no pueden ser superados nunca mediante cambios que sean una explicación de la regla de reconocimiento del sistema: «La superación de los mismos requiere transformaciones tales en el punto de vista interno de quienes detentan el poder del país dependiente que ellas caen necesariamente dentro de la categoría de la mutación». Sin embargo, «el sistema puede mantenerse reforzando el poder de imposición»³²¹, lo que, a su vez, puede llevarse a cabo en muchas ocasiones gracias al apoyo que el «sistema dependiente» recibe del «sistema hegemónico».

De nuevo aquí se ganaría en claridad distinguiendo entre las cuestiones que afectan a la identidad del régimen político (segundo nivel) y las que inciden en la identidad del Estado (tercer nivel). En los casos de «dependencia» de los que habla Garzón queda la duda respecto a cuál de estos niveles se hace referencia. Yo soy partidario de ubicar estos temas como problemas de tercer nivel, es decir, como casos en los que lo que está en juego no es si un determinado régimen es democrático o no, sino si estamos ante una unidad política independiente (soberana) o no.

³²⁰ GARZON VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, cit., p. 39.

3. Críticas

Podría pensarse que las críticas que hice en la Primera Parte a la regla de reconocimiento de Hart podrían ser de aplicación ahora. Pero no es así. La razón es que, a pesar del mismo nombre, no creo que el concepto utilizado por Garzón coincida con el empleado por Hart (al menos, está claro que no coincide con la interpretación que de la obra de este último he dado).

Podría decirse que, en la terminología aquí empleada, la regla de reconocimiento de Hart ha sido «materializada» por Garzón. Si esto es así, parece que en el fondo su solución coincide en buena medida con la aquí propuesta (aunque se llegue a ella por caminos distintos)³²².

El carácter «material» de la regla de reconocimiento garzoniana puede ponerse de manifiesto analizando alguno de los ejemplos que de la misma propone y comparándolo con los caracteres que según hemos visto en capítulos anteriores definen al régimen político. Veremos, de este modo, que las coincidencias son muchas.

Como muestra, voy a tomar algunos rasgos que aparecen en distintas reglas de reconocimiento, lo cual permite comprobar que, efectivamente, frente a interpretaciones excesivamente formalistas de la regla de reconocimiento, para Garzón ésta «es siempre compleja (e) incluye no sólo las disposiciones legales sino también los principios,

³²¹ *Ibidem*.

ideologías y criterios de aplicación»³²³. No es de extrañar, por tanto, que las distintas reglas de reconocimiento analizadas por este autor puedan tener características tales como: «proclamación de una ideología democrático liberal, pero manteniendo el voto calificado que excluía a los analfabetos (...); mantenimiento de una economía monoexportadora del estaño y del latifundismo agrario»³²⁴ (Sexenio boliviano, 1957-1961), o «la administración pública es ejercida por personas que acceden a muchos de sus cargos previa compra de los mismos en pública subasta (...); un régimen judicial que, aunque mantiene las formas de la legalidad, es sensible al soborno»³²⁵ (Régimen colonial español), o «respeto de la democracia parlamentaria(...); nacionalismo antiimperialista (...), democratización de los sindicatos»³²⁶(Gobierno de Arturo Illía en Argentina, 1963-1966), etc.

Visto lo anterior y dado que, en el fondo y con las matizaciones que he apuntado, coincide la propuesta de criterio «material» de Garzón con la que aquí he sostenido, alguien podría preguntar ¿dónde está el problema o cuál es la divergencia entre ambos planteamientos? A esta pregunta, por de pronto, habría que responder diciendo que el sentido que

³²² Hay más ejemplos del uso de las tesis de Hart en libros de teoría o filosofía política. Por ejemplo, cabe destacar el libro introductorio de Norman P. Barry: BARRY, P.B.: *An Introduction to Modern Political Theory*, Londres, Macmillan, 1989 (1ª ed. de 1981).

³²³ GARZON VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, cit., p. 61.

³²⁴ GARZON VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, cit., p. 47.

³²⁵ GARZON VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, cit., p. 61.

³²⁶ GARZON VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, cit., p. 67.

da Garzón a la regla de reconocimiento se puede prestar a confusión por ser bastante distinto del que está más asentado en la doctrina³²⁷.

Seguramente no es en lo que Hart está pensando, puesto que cuando debe poner un ejemplo de formulación de regla de reconocimiento para Gran Bretaña opta por el siguiente enunciado: «Lo que la reina sanciona en Parlamento es derecho». Con esta formulación se evidencian, al menos, dos cosas:

1. Que la misión que tiene la regla de reconocimiento en Hart es la de servir de instrumento para discernir cuál es el *derecho* válido o vigente en una sociedad. Es una regla de reconocimiento de *normas jurídicas*. De ahí que, en última instancia, identifique el procedimiento de creación de tales normas. Y ello con independencia de que para saber de qué regla se trata haya que acudir, no al ámbito de la creación sino al de la aplicación (recuérdese el círculo vicioso en el que se incurre).

2. Puesto que la regla de reconocimiento identifica un procedimiento, éste es perfectamente compatible con la asunción de distintos contenidos normativos. Una formulación tal como «Lo que la reina sanciona en Parlamento es derecho» puede ser tan compatible con un régimen político de signo democrático, como con otro de rasgos totalitarios o autoritarios.

Por esa razón, me parece más conveniente emplear el concepto de «régimen político», perteneciente a una terminología de teoría política, que, limpiado de su posible ambigüedad e imprecisión, tiene una tradición más consolidada.

³²⁷ En el mismo sentido parecen pronunciarse Atienza y Ruiz Manero en una entrevista a Garzón Valdés. Vid. también la defensa de este autor: «Entrevista con Garzón Valdés», *DOXA*, 4, 1987, p. 417-418.

De todos modos, no cabe despreciar el valor que tiene la tesis de Garzón para el presente trabajo. Si se admite, tal como espero haber mostrado, que la regla de reconocimiento garzoniana incorpora los ingredientes de lo que aquí he llamado régimen político, su propuesta ayuda a conferir plausibilidad a la correspondencia entre orden jurídico y régimen político que aquí he postulado:

La identidad del orden jurídico se mantiene si y sólo si se mantiene la misma regla de reconocimiento. Al mismo tiempo, la identidad del régimen político se mantiene si y sólo si se mantiene la regla de reconocimiento. De ahí es fácil inferir el nexo conceptual entre orden jurídico y régimen político: la identidad del orden jurídico se mantiene si y sólo si se mantiene el mismo régimen político.

No obstante, a pesar de la coincidencia de fondo entre la propuesta de Garzón y la aquí sostenida, no pueden ocultarse algunas diferencias significativas. Para poner de relieve los posibles acuerdos y divergencias reconstruiré, comparándolas, ambas posiciones.

Se puede partir de las siguientes premisas, surgidas de lo visto con anterioridad:

a) Un sistema político-jurídico (Garzón) o un régimen político (RP) (en la terminología aquí empleada) se identifican por la existencia de una regla de reconocimiento (RR) garzoniana.

b) Una (RR) existe cuando es aceptada y el aparato político tiene poder de imposición (Garzón), o, lo que es lo mismo, cuando se apoyan los elementos que configuran el (RP) y las autoridades del mismo consiguen transformar los insumos de demandas en productos (Easton).

c) La ampliación del contenido de la (RR) permite definir el *cambio* de un orden jurídico (OJ) en términos del *cambio* de un (RP).

Pero, llegados a este punto, surge la duda respecto a cuál es el contenido de una (RR) garzoniana, tal que incluya elementos materiales. Y es que el criterio de cambio fundamental de un (RP) depende de un criterio para determinar el contenido *general* de cualquier (RR), esto es, de un criterio para identificar, mediante una descripción de su regla de reconocimiento, cuándo un (RP) es distinto que otro. Ni Garzón ni Hart ofrecen, al menos explícitamente, un criterio semejante, que permita saber cuándo se pasa de una regla de reconocimiento a otra³²⁸: dicen tan sólo que cuando el cambio se produce siguiendo la regla de reconocimiento se mantiene la identidad.

El concepto de régimen político pretende suministrar este criterio: un conjunto de tres elementos, que son los principios (P), las normas (N) y las estructuras de autoridad (EA). Así, cada tipo de (RP) suministra un criterio de tipos de (P), (N) y (EA). El insumo de apoyo se refiere a un conjunto específico que pertenece a una clase de (P), (N) y (EA). De este modo, cambia el (RP) [o la (RR) o el (OJ)] cuando se acepta otro conjunto que pertenece a otra clase, o, lo que es lo mismo, cuando el insumo de apoyo se transfiere a otro tipo de (P), (N) y (EA). Si no se acepta esto no se pueden distinguir satisfactoriamente los cambios marginales de los fundamentales; los que suponen una reacción de

³²⁸Al hablar de la regla de reconocimiento en Hart como criterio de identidad del orden jurídico ya mencioné esta dificultad que ahora reaparece. En el caso de Hart, si no se quiere concluir que cualquier cambio de interpretación de los tribunales supone un cambio de regla de reconocimiento, se requiere tener un criterio que permita discriminar los cambios que son, en este sentido, *fundamentales* de los que son marginales.

identidad de los que suponen una reacción de mutación; en definitiva, los cambios *en el* régimen de los cambios *de* régimen.

CONCLUSIONES

A modo de conclusión, paso a resumir las ideas principales que he pretendido mostrar en este trabajo, recogidas en forma de 10 tesis:

1. A través de la combinación entre niveles y perspectivas, el tema genérico de la identidad de los sistemas jurídicos queda descompuesto en ocho posibles ámbitos de problemas. Estos ámbitos son:

- Sistema jurídico/perspectiva sincrónica (*1S*).
- Sistema jurídico/perspectiva diacrónica (*1D*).
- Orden jurídico/perspectiva sincrónica (*2S*).
- Orden jurídico/perspectiva diacrónica (*2D*).
- Orden estatal/perspectiva sincrónica (*3S*).
- Orden estatal/perspectiva diacrónica (*3D*).
- Orden internacional/perspectiva sincrónica (*4S*).
- Orden internacional/perspectiva diacrónica (*4D*).

2. Los distintos ámbitos no son totalmente independientes entre sí. Resolver satisfactoriamente algunas cuestiones relativas a un ámbito presupone haber resuelto antes la de otros. En concreto:

2.1. Hallar (o presuponer) un criterio de identidad del orden estatal (*3º* nivel) es condición suficiente para resolver los problemas relativos a *2S*. Así, dos órdenes jurídicos vigentes en el mismo intervalo temporal son distintos si pertenecen a dos distintas unidades políticas independientes.

2.2. Hallar (o presuponer) un criterio de identidad del orden jurídico (2º nivel) es condición suficiente para resolver los problemas relativos a 1S. Así, dos sistemas jurídicos vigentes en el mismo intervalo temporal son distintos si pertenecen a dos distintos órdenes jurídicos.

2.3. Hallar (o presuponer) un criterio de identidad del orden estatal (3º nivel) es condición necesaria (pero no suficiente) para resolver los problemas relativos a 2D. Se comparan órdenes jurídicos sucesivos que pertenecen al *mismo* orden estatal.

2.4. Hallar (o presuponer) un criterio de identidad del orden jurídico (2º nivel) es condición necesaria (pero no suficiente) para resolver los problemas relativos a 1D. Se comparan sistemas jurídicos sucesivos que pertenecen al *mismo* orden jurídico.

3. A lo largo de la investigación he dado por supuesto que existía un criterio de identidad del orden estatal. Al respecto, sólo he avanzado la hipótesis de que un cambio en la comunidad política es condición suficiente del cambio de unidad política independiente y, por ende, de orden estatal.

4. Por lo dicho en 3, relacionado con 2.1 y 2.2, no he entrado a considerar en profundidad los problemas de identidad desde el punto de vista sincrónico.

5. Los problemas relativos al ámbito 4S no tienen sentido (a menos que hubiera algo así como un orden interplanetario).

6. El interés por hallar un criterio de identidad del orden estatal podría desaparecer si se creara efectivamente un orden internacional, sin unidades políticas independientes.

7. De 2.1., 5 y 6 se infiere que si desapareciera el interés por la identidad al tercer nivel, carecerían de sentido los problemas relacionados con la perspectiva sincrónica *a todos los niveles*.

8. Los problemas relativos a *4D* pueden ser tratados independientemente de los demás niveles, puesto que es difícil entender el orden internacional como sucesión de órdenes estatales.

9. Me he concentrado, pues, básicamente en los problemas relativos a *2D*. Pero, a tenor de lo afirmado en 3, relacionado con 2.3. y 2.4., las respuestas dadas presuponen que existe un criterio de identidad del orden estatal.

10. En relación a *2D* he puesto de manifiesto lo siguiente:

10.1. Los criterios reconstruidos a partir de las obras de ciertos teóricos del derecho positivistas, no son satisfactorios, debido básicamente a su carácter «formal».

10.2. Es posible formular un criterio «material» de identidad del orden jurídico, entendiendo que la identidad del orden jurídico es una función de la identidad del régimen político.

10.3. Un régimen político mantiene su identidad hasta que no ha sufrido modificaciones fundamentales en sus tres componentes. Una modificación es fundamental si su presencia obliga a inscribir al régimen en cuestión en otro tipo dentro de una clasificación dada. En tal sentido, he propuesto, con todas las precisiones aludidas, las clasificaciones de Dahl y Linz, con sus respectivos indicadores empíricos. Un enfoque como el aquí defendido permite mostrar que la noción de orden jurídico puede usarse para referirse al nivel normativo formal de un régimen político.

Ni que decir tiene que no han quedado resueltos todos los problemas que plantea el tema de la identidad de los sistemas jurídicos. Pero queda el consuelo de pensar que, en cuestiones filosóficas, «el auténtico problema no reside en encontrar respuesta a una pregunta dada, sino en encontrarle el sentido»³²⁹.

³²⁹WAISMANN, F.: «Mi perspectiva de la filosofía», in AYER, A.J. (comp.): *El positivismo lógico*, México, F.C.E., pp. 349-385 (p. 354).

BIBLIOGRAFÍA

- A.A.V.V.: *Comparative Government. A Reader*, tr. cast. de R. Ruza: *El Gobierno. Estudios comparados*, Madrid, Alianza Editorial, 1981.
- A.A.V.V.: *Comparative Politics*, (nº especial dedicado al concepto de revolución), 3, V, 1973.
- A.A.V.V.: *Estudios en homenaje a Alf Ross*, Valparaíso, Revista de Ciencias Sociales, 1984.
- ALCHOURRON, C.; BULYGIN, E.: *Análisis lógico y derecho*, Madrid, C.E.C., 1991.
- ALCHOURRON, C.; BULYGIN, E.: «Sobre el concepto de orden jurídico» (1976), in *Análisis lógico y derecho*, pp. 393-408.
- ALMOND, G.A. y POWELL, G.B.: *Comparative Politics: A Developmental Approach*, Boston, Little, Brown and Co., Inc., 1966.
- AUSTIN, J.: «The province of Jurisprudence determined», in *Lectures on Jurisprudence*, (1913), London, Scholarly Press, 1977, pp. 5-147.
- BARRY, P.B.: *An Introduction to Modern Political Theory* (1981), Londres, Macmillan, 1989.
- BAYON, J.C.: *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, C.E.C., 1991.
- BENTHAM, J.: *A Fragment on Government*, Oxford, Blackwell, 1960, tr. cast. de Julián Larios Ramos: *Fragmento sobre el gobierno*, Madrid, Aguilar, 1973.
- BISCARETTI: «Sui limiti della revisione costituzionale», *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, 1948-1949. (cit.

- por CATTANEO, M.A.: *El concepto de Revolución en la Ciencia del Derecho*, p. 102).
- BOBBIO, N.: «Normas primarias y normas secundarias» (1970), in *Contribución a la teoría del derecho*, pp. 317-332.
- BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del derecho*, tr. cast. de A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres, 1980.
- BULYGIN, E.: «Sentencia judicial y creación del derecho» (1966), in ALCHOURRON, C.E.; BULYGIN, E. : *Análisis lógico y derecho*, pp. 355-370.
- BULYGIN, E.: «Sobre la regla de reconocimiento» (1976),in ALCHOURRON, C.E; BULYGIN, E.: *Análisis lógico y derecho*, pp 383-392.
- BULYGIN, E.: «La paradoja de la reforma constitucional», in A.A.V.V.: *Estudios en homenaje a Alf Ross*, pp. 329-346.
- BULYGIN, E.: «Tiempo y validez» (1982), in *Análisis lógico y derecho*, pp. 195-214.
- BULYGIN, E.: «Validez y positivismo» (1987 y 1990), in ALCHOURRON, C.E.; BULYGIN, E.: *Análisis lógico y derecho*, pp. 499-520.
- BULYGIN, E.: «Sobre el fundamento de validez», *Notas de filosofía del derecho*, I, nº 2, pp. 23-33.
- BULYGIN, E.: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos, *DOXA*, 9, 1991, pp. 257-279.
- BULYGIN, E.: «Regla de reconocimiento: ¿Norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero», *DOXA*, 9, 1991, 311-318.

- CALSAMIGLIA, A.: *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1977.
- CARACCIOLO, R.: *El derecho como sistema. Análisis de un esquema conceptual*, Tesis doctoral inédita, Córdoba (Argentina), 1977.
- CARACCIOLO, R.: *Sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, C.E.C., 1988.
- CARACCIOLO, R.: «La noción de sistema jurídico de Hart», in *La noción de sistema en la teoría del derecho*, México, Fontamara (en prensa).
- CARRIO, G.R.: *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, (3ª ed. aumentada), 1986.
- CATTANEO, M.A.: *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*, Milán, Ed. Cisalpino, 1960; tr. cast.: *El concepto de Revolución en la Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1968.
- CONTE, A.: «Norma fondamentale», *Novissimo Digesto Italiano*, 11.
- DAHL, R. A.: *Modern Political Analysis*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, Inc., 1963.
- DAHL, R. A.: *La poliarquía. Participación y oposición*, Madrid, Tecnos, 1989.
- DEUTSCH, K.W.: *Los nervios del gobierno. Modelos de comunicación y control políticos*, Buenos Aires, Paidós, 1980.
- DEWEY, J.: *La reconstrucción de la filosofía*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1986.
- DICEY, A.V.: *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), reimp. de la 10ª ed. de 1959, Londres, Macmillan, 1985.

- EASTON, D.: *The Political System*, Nueva York, Alfred A. Knopf, Inc., 1953.
- EASTON, D.: «Limits of the Equilibrium Model in Social Research», *Behavioral Science*, I, 1956, pp. 96-104.
- EASTON, D.: *A System Analysis of Political Life*, N.Y., Wilwy and Sons, 1965.
- EASTON, D. (comp.): *Varieties of Political Theory*, Prentice-Hall, 1966; tr. cast. de José Rovira y rev. tec. de Ricardo Murtagh: *Enfoques sobre teoría política*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1982.
- EASTON, D.: «Categorías para el análisis sistémico de la política», in EASTON, D. (comp.): *Enfoques sobre teoría política*, pp. 216-231.
- EASTON, D.: «Introducción: estrategias alternativas de la investigación teórica», in EASTON, D. (ed.): *Enfoques sobre teoría política*, pp. 17-34.
- EASTON, D.: *Esquema para el análisis político*, tr. cast. de A. C. Leal, rev. por R. Murtagh, Buenos Aires, Amorrortu, 1989.
- EASTON, D.: *The Analysis of Political Structura*, N.Y. y London, Routledge, 1990.
- ECKHOFF, T.; SUNDBY, N.K.: «The Notion of Basic Norm(s) in Jurisprudence», *Scandinavian Studies in Law*, 19, 1975, pp. 121-151.
- ELSTER, J.: *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, tr. cast. de J.J. Utrilla, México, F.C.E, 1989.
- FINNIS, J.M.: «Revolutions and Continuity of Law», (1973), in SIMPSON, A.W.B. (ed.): *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Oxford, O.U.P., 1978. pp. 44-76.

- GAVISON, R. (ed.): *The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987.
- GARZON VALDES, E.: «Acerca de las limitaciones jurídicas del soberano», in A.A.V.V.: *El lenguaje del derecho. Homenaje a G.R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983 (?), pp.157-180.
- GARZON VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- GARZON VALDES, E.: «Entrevista con Garzón Valdés», por M. Atienza y J. Ruiz Manero, *DOXA*, 4, 1987, pp. 413-426.
- GEIGER, T.: *Estudios de sociología del derecho*, tr. cast. de A. Camacho, G. Hirata y R. Orozco, México, F.C.E., s.f..
- GEIGER, T.: *Die soziale Schichtung des deutschen Volks*, Stuttgart, Euke, 1932.
- GIANFORMAGGIO, L. (ed.): *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino, Giappichelli, 1991.
- GUIBOURG, R.A.: «La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional», in A.A.V.V.: *El lenguaje del derecho. Homenaje a G.R. Carrió*, pp. 181-195.
- GUIBOURG, R.: *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires, Astrea, 1986.
- HACKER, P.M.S.: «Hart's Philosophy of Law», in HACKER, P.M.S. y RAZ, J. (comps.): *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977.
- HARRIS, J.W.: «When and why does the Grundnorm change?», *Cambridge Law Journal*, 29 (1), Abril 1971, pp. 103-133.

- HARRIS, J.W.: «Kelsen and Normative Consistency», in TUR, R. y TWINING, W. (eds.): *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford, O.U.P., 1961; tr. cast. de Genaro Carrió: *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- HART, H.L.A.: «Self-Referring Laws» (1964), in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, pp.170-178.
- HART, H.L.A.: «L.L. Fuller: The Morality of Law» (1965), in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, pp. 343-364.
- HART, H.L.A.: «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law», in MUNITZ, M.K.; KIEFER, H.E. (eds.): *Ethics and Social Justice*, Albany, State Univ. of New York Press, 1968-70, pp. 171-199; tr. cast.: «Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 21, sep.- dic. 1974, pp. 105-140.
- HART, H.L.A.: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- HART, H.L.A.: «Entrevista a Hart», por J.R de Páramo, *DOXA*, nº 5, 1988.
- HEMPEL, C.G.: *Filosofía de la Ciencia Natural*, tr. cast. de A. Deaño, Madrid, Alianza, 1979.
- HOBBS, T.: *Leviathan* (1651), edición a cargo de C.B. Macpherson, Nueva York, Penguin Books, 1986.
- HOERSTER, N.: «On Alf Ross's alleged puzzle in constitutional law», *Mind*, 1972. pp. 422-426.

- HORTON, J.: «La filosofía política y la política», in LEFTWICH, A. (ed.): *¿Qué es la política? La actividad y su estudio*, México, F.C.E., 1986, pp. 199-228.
- HÜBNER, K.: *Kritik der wissenschaftlichen Vernunft*, Friburgo/Munich, 1972 (citado por GARZON VALDES, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, p. 30).
- HUGHES, G.: «Validity and the Basic Norm», *California Law Review*, 59, 1971, pp 695-714.
- KAPLAN, M.A.: «Systems Theory», in CHARLESWORTH, J.C. (ed.): *Contemporary Political Analysis*, New York, Free Press.
- KELSEN, H.: «El derecho como técnica social específica» (1941), in *¿Qué es Justicia?*, ed. y tr. cast. de A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1982, pp. 152-182.
- KELSEN, H.: *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1945; tr. cast. de Eduardo García Maynez: *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979.
- KELSEN, H.: «Der Begriff der Rechtsordnung», *Logique et Analyse*, vol. 3/4, 1958; tr. cast.: «El concepto de orden jurídico», in *Contribuciones a la teoría pura del Derecho*, México, Fontamara, 1991, pp. 91-103.
- KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre* (2ª ed. de 1960); tr. cast. de Roberto Vernengo: *La teoría pura del Derecho*, México, UNAM, 1986.
- KELSEN, H., KLUG, U.: *Normas jurídicas y análisis lógico*, Madrid, C.E.C., 1988.

- KELSEN, H.: *General Theory of Norms*, Oxford, Clarendon Press, 1991 (la 1ª ed., póstuma, en alemán data de 1979).
- KRONMAN, A.T.: «Hart, Austin, and the Concept of a Legal System: The Primacy of Sanctions», *Yale Law Journal*, 1975, 84 (3), pp. 584-607.
- LAPIERRE, J-W.: *El análisis de los sistemas políticos* (1973), tr. cast. de J. de Benavent, Barcelona, Península, 1976.
- LASKI, H.: *El problema de la soberanía*, Buenos Aires, Dédalo, 1960.
- LASWELL, H.D. y KAPLAN, A.: *Power and Society*, New Haven, Yale University Press, 1950.
- LINZ, J. J.: «Totalitarian and Authoritarian Regimes», in F. I. Greenstein y N.W. Polsby (eds.): *Handbook of Political Science*, vol III, Reading, Addison-Wesley, 1975, pp. 175-411.
- LIPSET, S.M.: *Political Man*, Doubleday and Co., 1960.
- LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986.
- MACBRIDE, W.C.: «The acceptance of a Legal System», *The Monist*, 1965, 49, pp. 377-396.
- MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.
- MACCORMICK, N.: *H.L.A. Hart*, London, Edward Arnold, 1981.
- MORESO, J.J.; NAVARRO, P.E.: «Some remarks on the notions of legal order and legal system», *Ratio Juris*, vol 6, 1, 1993, pp. 48-63.
- MORESO, J.J.: «Sobre normas inconstitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 38, mayo-agosto 1993, pp. 81-115.
- MORESO, J.J.; NAVARRO, P.E.; REDONDO, M.C.: «Recepción de normas y persistencia del derecho», inédito.

- MORESO, J.J.: «Disposiciones de reforma constitucional», *DOXA*, 10, 1991, pp. 201-222.
- MORESO, J.J.; NAVARRO, P.E.: *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, C.E.C., 1993.
- MORLINO, L.: *Dalla democrazia all'autoritarismo. Il caso spagnolo in prospettiva comparata*, Bologna, Il Mulino, 1981.
- MORLINO, L.: *¿Cómo cambian los regímenes políticos?*, tr. cast. de J.J. González Encinar, Madrid, C.E.C., 1985.
- MORLINO, L.: «Las democracias», in PASQUINO, G. (ed.): *Manual de ciencia política*, pp. 79-128.
- MORLINO, L.: «Los autoritarismos», in PASQUINO, G. (ed.): *Manual de ciencia política*, pp. 129-178.
- NAVARRO, P.: *La eficacia del Derecho*, Madrid, CEC, 1990.
- NAVARRO, P.; MORESO, J.J.: «Eficacia y constitución. Algunas reflexiones acerca de la teoría pura del derecho», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10, sep-dic, 1991, pp. 49-58.
- NIEBURG, H.L.: *Political Violence: the Behavioral Process*, New York, St. Martin's Press, 1970.
- NINO, C.S.: «El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen» (1978), in *La validez del derecho*, pp. 7-28.
- NINO, C.S.: *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica*, Valencia (Venezuela), Universidad de Carabobo, 1979.
- NINO, C.S.: *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.

- NINO, C.S.: «El concepto de validez de Kelsen aplicado al problema del conflicto de normas de diferente jerarquía», in *La validez del derecho*, pp. 29-40.
- NINO, C.S.: «¿Puede un sistema jurídico generar su propia validez?», in *La validez del derecho*, pp. 69-88.
- NINO, C.S.: «Ross y la reforma del procedimiento de reforma constitucional», in A.A.V.V.: *Estudios en homenaje a Alf Ross*, pp. 347-364.
- NINO, C.S.: *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1987.
- NINO, C.S.: *Derecho, moral y política* (inédito).
- PARAMO, J.R.: H.L.A. *Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, CEC, 1984.
- PARTRIDGE, P. H.: «Política, filosofía, ideología», in QUINTON, A. (ed.): *Filosofía Política*, pp. 52-83.
- PASTOR, M (ed.): *Ciencia política*, Madrid, McGraw-Hill, 1989.
- PASQUINO, G. (ed.): *Manual de ciencia política*, Madrid, Alianza, 1988.
- PAULSON, S.L.: «Material and formal authorisation in Kelsen's Pure Theory», *Cambridge Law Journal*, 39 (1), Abril, 1980, pp. 172- 193.
- PLAMENATZ, J.: «La utilidad de la teoría política», in QUINTON, A. (ed.): *Filosofía Política*, pp. 34-51.
- QUERMONNE, J.L.: *Les régimes politiques occidentaux*, 1986.
- QUINTON, A. (ed.): *Filosofía Política*, México, F.C.E., 1974.
- RAMOS PASCUA, J.A.: *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, Madrid, Tecnos, 1989.

- RAZ, J.: «La identidad de los órdenes jurídicos» (1971), in RAZ, J.: *La autoridad del derecho*, pp. 105-134.
- RAZ, J.: «Professor Alf Ross and Some Legal Puzzles», *Mind*, 1972, 415-421.
- RAZ, J.: «La naturaleza institucional del derecho» (1974), in *La autoridad del derecho*, pp. 135-156 .
- RAZ, J.: «La teoría de Kelsen de la norma fundamental» (1974), in *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, pp. 157-186.
- RAZ, J.: «El positivismo jurídico y las fuentes del derecho», in *La autoridad del derecho*, pp. 55-73.
- RAZ, J.: «Derecho y valor en la decisión judicial», in *La autoridad del derecho*, pp. 227-261.
- RAZ, J.: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979; tr. cast. de R. Tamayo: *La autoridad del derecho*, México, UNAM, 1985.
- RAZ, J.: *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 2ª ed., 1980; tr. cast. de Rolando Tamayo: *El concepto de sistema jurídico*, México, UNAM, 1986.
- RAZ, J.: «Entrevista con Joseph Raz», a cargo de Ruiz Manero, *DOXA*, 9, 1991, pp. 321-344.
- ROIZ, J.: *Introducción a la Ciencia Política*, Barcelona, Vicens Vives, 1980.

- ROSS, A.: *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons, 1958; tr. cast. de G. R. Carrió: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1970.
- ROSS, A.: «Review of Hart's Concept of Law», *Yale Law Journal*, 71, 1961-62, p. 1185-1190.
- ROSS, A.: «On self reference and a difficult puzzle of Constitutional Law» (1967), tr. cast. de E. Bulygin y E. Garzón Valdés: «Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional», in *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1991, pp. 49-81.
- ROSS, A.: «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural» (1969), tr. cast de G. R. Carrió y O. Paschero, in *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1991, pp. 9-32.
- ROSS, A.: *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1991.
- RUIZ MANERO, J.: *Jurisdicción y normas*, Madrid, C.E.C., 1990.
- RUIZ MANERO, J.: «Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin», *DOXA*, 9, 1991, 281-293.
- SALMOND, W.G.: *The First Principles of Jurisprudence*, Londres, Stevens & Haynes, 1983.
- SALMOND, W.G.: *Salmond on Jurisprudence* (1902), edición a cargo de P.J. Fitzgerald, Londres, Sweet & Maxwell, 1975.

- SARTORI, G.: *Parties and Party System. A Framework for Analysis*, vol. 1, Cambridge University Press, 1976. Hay tr. cast.: *Partidos y sistemas de partidos*, Madrid, Alianza, 1980.
- SARTORI, G.: *La política. Lógica y método en las ciencias sociales*, México, F.C.E., 1984.
- SARTORI, G.: *Elementos de Teoría política*, Madrid, Alianza Editorial, 1992.
- SCARPELLI, U.: *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982
- SCHMITT, C.: *Legalität und Legitimität*, Munich y Leipzig, Duncker & Humblot, 1932; hay tr. cast.: *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971.
- VERNENGO, R.: «La función sistemática de la norma fundamental», *Revista jurídica de Buenos Aires*, 1960, I-II.
- VSHKLAR, J.N.: *Political Theory and Ideology*, Nueva York, Macmillan, 1966.
- WEYLAND, I.: «Idealism and Realism in Kelsen's Treatment of Norms Conflicts», in TUR, R. y TWINING, W. (eds.): *Essays on Kelsen*.
- WADE, H.W.R. : «The Basis of Legal Sovereignty», *Cambridge Law Journal*, 172, 1955.
- WAISMANN, F.: «Mi perspectiva de la filosofía», in AYER, A.J. (comp.): *El positivismo lógico*, México, F.C.E., pp. 349-385.
- WEBER, M.: «Politics as a Vocation», in GERTH, H.H. y MILLS, C. W. (eds.): *From Max Weber: Essays in Sociology*, Nueva York, Oxford University Press, 1946.
- WRIGHT, G.H. Von: *Norma y acción. Una investigación lógica*, tr. cast. de Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979.

