

La identidad de los sistemas jurídicos

Le Ley Constitucional Fundamental Fundamento de Validez Validez de la Regla de Reconocimiento

Beatriz Cuervo Criales*

Fecha de recepción: octubre 29 de 2010
Fecha de aceptación: noviembre 26 de 2010

Resumen

La Constitución se hace válida a partir de estatutos dependientes; por ejemplo, tanto la norma fundamental analítica de Kelsen como la norma fundamental empírica de Hart están sujetas a criterios presupuestos para su validez. Entre tanto, mediante éstos se determina el sistema jurídico y, en consecuencia, la Constitución misma como norma o regla dependiente de otras. No obstante, para Alexy la validez de la Constitución se presenta en la medida en que exista eficacia social —no depende de otros criterios normativos— y, por tanto, pierde validez cuando no posee un mínimo de eficacia social. En este sentido, la Constitución, como elemento normativo, obedece a factores distintos a esa normatividad para sustentar su validez en la eficacia social.

* Docente del área de Derecho Penal. Abogada especializada en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Colombia. Magister en Derecho de la Universidad Nacional. Diploma de Docencia y diploma de Estudios Avanzados de Doctorado en Derecho Penal de la Universidad de Barcelona y defensora pública de la unidad de Justicia y Paz de la Defensoría del Pueblo. Investigadora Fundación Fabbecor –ONG. Correo electrónico: bcuervo@defensoria.org.co

Palabras clave: Constitución, eficacia social, ley fundamental, regla de reconocimiento, validez.

Abstract

The Constitution is valid as long as it is based on dependent norms. Since Kelsen ("The Analytic Fundamental Form") and Hart ("The Empiric Fundamental Norm") are based on norms dependents and presuppose criteria to be valid. Thus, the legal system and the constitution itself are determined by these fundamental criteria and norms. However, Alexy argues that the Constitution is valid as long as there is social efficacy and it does not depend on different normative criteria. Thereby, the Constitution loses its value when it does not hold a minimum of social efficacy. In that sense, the Constitution as a normative element depends on different factors other than those criteria in order to uphold its social efficacy value.

INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta que el criterio de validez de las normas independientes no puede ser el mismo que el de las normas dependientes, entonces ¿por qué es válida la Constitución?

A partir de este cuestionamiento se intuyen dos argumentos: el criterio de validez de las normas dependientes es diferente del criterio de validez de las normas independientes y sólo en la medida en que exista esta diferencia la Constitución es válida. La afirmación establecida en este interrogante sobre el porqué de la validez de la Constitución es muy genérica, partiendo de presupuestos al parecer válidos e incuestionables.

Más allá de concretar una respuesta a la pregunta establecida anteriormente —hasta el momento ha encontrado diferentes criterios por parte de autores como Austin, Kelsen, Hart, Buligyn, Moreso y Navarro, etc. reflexionaré sobre el concepto de validez que cada uno de ellos propone, haciendo énfasis,

principalmente, en las normas dependientes o independientes. Incluso, este ejercicio permitirá establecer hasta qué punto cada una de las teorías esbozadas por los autores mencionados cuentan con los fundamentos suficientes para que una Constitución sea considerada válida desde la concepción de dependencia o independencia del sistema o si, por el contrario, es necesario explorar otros aspectos que permitan determinar su validez tal como lo ha planteado Raz.

Además, efectuaré una breve exposición del criterio de validez en las teorías de dichos autores para finalizar con una presentación preliminar del concepto de validez jurídica esbozada por Robert Alexy.

Identidad de los sistemas jurídicos

Los problemas relativos a la existencia e identidad de las normas y sistemas jurídicos se encuentran relacionados puesto que la identidad de un sistema depende de la pertenencia de las normas independientes

y dependientes de un sistema jurídico (Moreso y Navarro). Entonces, para determinar la identidad de las normas respecto a la permanencia a un sistema jurídico, será determinante plantear qué se entiende tanto por normas independientes como por normas dependientes.

Según Moreso y Navarro (*ibid.*), las *normas independientes* en el orden jurídico son aquellas cuya pertenencia a dicho sistema no está sujeta a la de otra norma referente a éste o a algún sistema anterior. Por otra parte, consideran que la pertenencia de las *normas dependientes* — también en el orden jurídico — está sometida a la de alguna norma a éste o a algún otro sistema anterior; es decir, que son independientes aquellas que no dependen de otra y dependientes aquellas cuya permanencia está determinada por otras (concomitantes o anteriores).

De la misma manera, definen las *normas derogadas independientes* como aquellas cuya pertenencia al conjunto derogado no está condicionada por la pertenencia de otras normas en el CD (Conjunto Derogado). Por el contrario, la pertenencia de las *normas derogadas dependientes* se encuentra condicionada por la pertenencia de otras normas en el conjunto CD.

Partiendo de estos supuestos, identificar el sistema originario de un orden jurídico implica reconocer una norma independiente y analizar la persistencia de ésta en el tiempo. Sin embargo, la identificación de las normas que se receptan en el cambio de un orden jurídico depende de la determinación de las normas que forman la primera constitución de un orden jurídico. Esta dependencia es consecuencia del hecho de que el conjunto de normas receptadas debe ser compatible con el conjunto de normas que forman la primera constitución.

Ampliando la perspectiva de la división entre normas dependientes e independientes propuesta por Bulygyn; Moreso y Navarro consideran que “[...] en el sistema jurídico hay, por un lado, normas no independientes, esto es normas que pertenecen al sistema en virtud de una relación (de deducibilidad o de legalidad) con otras normas y, por otro lado, normas independientes (normas que pertenecen directamente al sistema)”.

Una vez aclarado el concepto de normas dependientes e independientes desde esta perspectiva, es necesario considerar el criterio de validez de unas u otras para reflexionar sobre la validez de la Constitución. Para esto es importante remitirse a autores como Austin, Kelsen y Hart.

La Ley Constitucional Fundamental

En *El campo determinado de la Jurisprudencia (AÑO)*, Austin trata de identificar las características del derecho positivo y emplea los conceptos <<orden>> y <<hábito de obediencia>>. El primero expresa el deseo de una persona que tiene el propósito y el poder de infligir un mal en caso de que dicho deseo sea ignorado; el segundo, por su parte, se define como el estar bajo un deber u obligación, es decir, encontrarse sujeto a recibir un mal en caso de desobediencia (una *sanción*).

Las leyes propiamente dichas son órdenes que obligan a una persona o a todo un conjunto de personas a seguir un comportamiento determinado. Así pues, la diferencia esencial de las leyes positivas (derecho positivo) reside en que estas son prescritas por un *soberano* a los miembros de una sociedad políticamente independiente. Entre tanto, junto con el *derecho positivo*, la *moral positiva* y las *leyes de Dios*, conforman la división trilateral de las normas. Cabe resaltar que la *moral*

positiva abarca las normas que los hombres han establecido para regir la conducta humana pero que carecen de la diferencia esencial o rasgo distintivo del derecho positivo. Así mismo, incluye —además de las normas morales en su sentido ordinario— otras reglas de conducta que gobiernan, por ejemplo, un juego o los códigos que rigen los buenos modales (reglas de etiqueta), así como lo que denominamos derecho internacional y *Ley Constitucional Fundamental*.¹

Por su parte, *las leyes de Dios* son órdenes pero no constituyen leyes positivas ya que no son hechas por los hombres.

Según esta clasificación de las leyes, la Constitución, como Ley Fundamental, hace parte de la denominada *moral positiva*. Para Austin, la Ley Fundamental Constitucional no reúne los requisitos de validez de las leyes de derecho positivo sino de la moral positiva. Entonces, el criterio de validez de una norma de derecho positivo está determinado por sus elementos esenciales: orden, hábito de obediencia, sanción (en caso de que la orden no sea obedecida) y, además, estas órdenes deben haber sido prescritas por un soberano. *La moral positiva*, por su parte, representa un conjunto de normas que los hombres han establecido para regir la conducta humana; no obstante, carece del rasgo distintivo esencial: que sea emanada de un soberano.

En este orden de ideas puede proponerse que, de acuerdo con la teoría de Austin, el ámbito de validez de la Constitución no permite que ésta se enmarque dentro de lo que él mismo denomina *Derecho Positivo*, sino que hace parte de la *moral positiva*. Empero, la Ley Fundamental Constitucional a que hace refe-

rencia corresponde a las características de las *leyes que no son establecidas por superiores políticos*² —actuando en tal capacidad o carácter— y a *aquellos objetos que son impropriamente, aunque por estrecha analogía, llamados leyes*,³ Entonces, los que tienen la particularidad de ser normas establecidas y aplicadas por mera opinión de un grupo indeterminado de personas respecto de la conducta humana. Austin, al excluir la Ley Constitucional Fundamental del derecho positivo y considerarla como moral positiva, parte de un concepto diferente de lo que en la doctrina tradicional se denomina Constitución.

Entre tanto, cuando se refiere a *moral positiva*, el término *moral* aísla este tipo de leyes del derecho positivo y el epíteto *positiva* los separa de la ley de Dios⁴. En otras palabras, la Ley Constitucional Fundamental puede considerarse como un conjunto de normas morales impuestas por los hombres que no son superiores políticos a los hombres y que hacen parte de aquellos objetos impropriamente llamados leyes. Estos dos aspectos hacen parte de una clase común de *moral positiva*. En consecuencia, el criterio de validez respecto del derecho positivo no corresponde con el criterio de validez de moral positiva; entonces, la Constitución como tal se regiría por los parámetros de validez de la moral positiva ya

1 JOHN AUSTIN. "El campo Determinado de la Jurisprudencia". Introducción de H. L. A. Hart, Profesor de Jurisprudencia de la Universidad de Oxford.

2 Austin, J. (AÑO), "El campo determinado de la Jurisprudencia". "Si bien algunas normas o leyes, que son impuestas por los hombres, son establecidas por superiores políticos, hay otras que no son establecidas por superiores políticos actuando en tal capacidad o carácter".

3 *Ibid.* "Instancias de un uso tal del término derecho son las expresiones: "La ley de Honor" y "la ley dictada por la moda", normas de esta especie constituyen buena parte de lo que usualmente se denomina "Derecho Internacional".

4 *Ibid.* "El nombre moral (o moralidad) cuando está sin calificativo alguno o sólo, denota de manera indiferente cualquiera de los siguientes objetos: concretamente la moral positiva cual ella es, o sin referencia a sus méritos; y la moral positiva como debe ser, cuando está en conformidad con la Ley de Dios y, por tanto, merece aprobación.

que las *leyes impuestas por superiores políticos*⁵ son las que conforman el derecho positivo.

Ahora bien, desde el punto de vista de validez de la Constitución y a partir de la dependencia o independencia de las normas en un sistema jurídico, podría plantearse la hipótesis considerando la Constitución desde la perspectiva del derecho positivo; es decir, como leyes impuestas por personas que ejercen un Gobierno ya supremo. En este caso, la validez de la Constitución dependería únicamente de que las normas sean establecidas por superiores políticos; no las unas de las otras o de sistemas jurídicos vigentes o anteriores.

Fundamento de Validez

Kelsen⁶ (AÑO) considera que el fundamento de validez de una norma no obedece a la verificación de un orden empírico; sólo puede encontrarse en la validez de otra. Además, la norma que caracteriza el fundamento de validez de otra se encuentra determinada por la norma superior en relación con la inferior y, así mismo, la validez de la norma no se fundamenta en el hecho de haber sido establecida por una autoridad (Dios, el hombre, etc.), sino que está definida por una norma que debe ser obedecida.

Por consiguiente, la norma que representa el fundamento de validez de otra es una *superior*, pero como la norma suprema no es infinita tiene que ser presupuesta dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Esta norma suprema es considerada una *norma fundante básica*.

Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma *norma fundante básica*, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La *norma fundante básica* es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Que una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que su último fundamento de validez lo constituye la *norma fundante básica* de ese orden. Esta *norma fundante* 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.

Prima facie, puede decirse, es la dependencia o independencia de las normas que se presentan en la medida en que su validez esté determinada por otra de rango superior. Surge, entonces, el cuestionamiento sobre la dependencia o independencia de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico (entendida esta en dos sentidos: material y formal)⁷.

5 "De las leyes o normas impuestas por los hombres a los hombres algunas son establecidas por superiores políticos, soberano o sujeto, esto es, por personas que ejercen un gobierno ya supremo ya subordinado en naciones independientes o sociedades políticas independientes. El agregado de normas así establecidas, o cierto agregado que conforma una porción de tal agregado, constituye el objeto propio de la jurisprudencia, tanto general como particular. Es el agregado de normas así establecidas a un agregado que forma parte de tal agregado al que se le aplica de manera exclusiva, en su usual sentido simple y estricto, el nombre de Derecho, pero en contra - distinción al derecho natural (significado con ello la ley de Dios), se suele denominar derecho positivo, o derecho existente por posición, al agregado de normas establecidas por un superior político".

6 KELSEN. Hans. Teoría Pura del Derecho. Ed. Porrúa. Pág. 201.

7 KELSEN. Hans. Teoría Pura del Derecho. Editorial Porrúa. Págs. 11, la que se refiere a norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas más generales y que pudo haber sido producida mediante la costumbre o mediante un acto legislativo 232. , el documento denominado "constitución" que como constitución escrita no solo contiene normas que regulan la legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales, sino también disposiciones que estipulan que la constitución no puede ser derogada o modificada por simples leyes, sino mediante un procedimiento especial. Pág. 233.

Desde el punto de vista de la validez de las normas expuesto por Kelsen, puede considerarse que la Constitución, ni en sentido material –al determinar el conjunto de normas positivas mediante las cuales se reglamenta la producción de normas jurídicas generales– ni en sentido formal –al describirla como un documento que contiene dichas normas– puede considerarse como la norma fundante⁸. Por su parte, Moreso y Navarro⁹ proponen, desde el punto de vista de Kelsen, que “la Constitución es una norma no-independiente, ya que no imputa actos coactivos a determinados comportamientos”. Esta afirmación la sugieren acerca del criterio de eficacia de la Constitución que desarrolla Kelsen cuando afirma que “una Constitución es eficaz cuando las normas establecidas conforme a ella son aplicadas y acatadas en términos generales”¹⁰. Concluyen, entonces, que la eficacia de la Constitución consiste en que las normas inferiores sean obedecidas y aplicadas y, además, que en la Teoría Pura del Derecho la eficacia de la Constitución y del orden jurídico son equivalentes porque ambos conceptos se definen en relación de efectividad de las normas inferiores.

No obstante, Kelsen, a pesar de considerar la eficacia del orden jurídico como <<un todo>> y a la eficacia de una norma jurídica aislada, son junto con el acto de instauración normativa condición de la validez y que la eficacia es condición en el sentido de que un

orden jurídico como un todo y una norma jurídica aislada, no es considerada ya válida cuando ha dejado de ser eficaz; tampoco es la eficacia de un orden jurídico al igual que el hecho de su instauración, fundamento de la validez.

Kelsen parte de una posición intermedia entre la siguiente tesis: la validez del derecho es enteramente independiente de su eficacia y, además, es idéntica a su eficiencia. Esta es la norma fundante básica presupuesta según la cual debe acatarse y aplicarse la Constitución eficaz en términos generales e, incluso, actuar conforme las normas fácticamente promulgadas conforme a esa Constitución.

Si los autores han considerado que desde la perspectiva de Kelsen la Constitución es una norma no-independiente sobre el presupuesto de la eficacia, es necesario aclarar que fueron ellos mismos los que determinaron los conceptos de dependencia e independencia de las normas; es decir, las *normas independientes*. Por otra parte, consideran que las *normas dependientes* en el orden jurídico son aquellas normas cuya pertenencia al sistema jurídico depende de la pertenencia de alguna norma al sistema jurídico, o a algún otro sistema anterior en el orden jurídico.

A partir de estos criterios de dependencia o independencia no es posible evidenciar –como elemento diferenciador entre uno y otro– su eficacia. Según estos criterios, la Constitución de Kelsen pertenecería al grupo de normas no-independientes pero no desde la perspectiva de su eficacia, sino por el hecho de depender de la norma fundante básica presupuesta.

En este orden de ideas puede considerarse que la Constitución en Kelsen es válida en la medida en que depende de la norma fundante básica como reguladora de todo el sistema

8 KELSEN. "Dado que la Teoría Pura del Derecho, como teoría positivista del derecho, no da con su norma fundante básica del derecho positivo ningún patrón para la justicia o injusticia de ese derecho, no cumpliendo ninguna justificación ético - política del mismo, muy frecuentemente se la juzga como insatisfactoria". Pág. 231. "...el presupuesto bajo el cual tanto el hecho constituyente, como los hechos realizados conforme a la constitución, de producción y aplicación de normas, jurídicas pueden ser interpretadas."

9 CUADERNOS Y DEBATES. Orden jurídico y Sistema jurídico.

10 KELSEN, Hans. Pág. 219

jurídico y que, en consecuencia, la validez se presenta porque se respeta el orden jerárquico normativo hasta llegar a la norma fundante —no depende de ninguna otra. En este caso podría considerarse, en principio, que la norma fundante como tal es independiente sobre el mismo esquema de la validez del ordenamiento jurídico; de hecho, es posible que carezca de validez a pesar de otorgársela a la Constitución.

Validez de la regla de reconocimiento

Hart considera que el término <<válido>> se emplea con más frecuencia en los enunciados internos, los cuales se aplican a una regla particular de un sistema jurídico y a una de reconocimiento no expresada pero aceptada. Decir que una regla determinada es válida es sinónimo de reconocer que satisface los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por tanto, que pertenece al sistema.

En la mayoría de los casos, la regla de reconocimiento no es expresada, pues su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas por tribunales, funcionarios, súbditos o concejeros. Incluso, puede afirmarse lo siguiente: una persona que realiza un enunciado interno referente a la validez de una regla particular de un sistema, presupone la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz.

La regla de reconocimiento proporciona los criterios para la identificación de otras reglas del sistema y, cuando se afirma que existe, se formula un enunciado externo sobre un *hecho* efectivo que se refiere a la manera en que son identificadas las reglas de un sistema “eficaz”. La *regla de reconocimiento última* se expresa en cuanto al enunciado externo, el cual afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; es decir, desde

el punto de vista interno se expresan los enunciados —internos— de validez formulados por quienes la utilizan para identificar el derecho.

Hace una distinción entre reglas primarias y secundarias. Mientras las *reglas primarias* se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer; las *reglas secundarias* se ocupan de las *primarias*, pues especifican la manera en que éstas pueden ser verificadas en forma concluyente (introducidas, eliminadas, modificadas y su violación determinada de manera incontrovertible)¹¹.

Del mismo modo, distingue las *reglas de cambio*; es decir, aquellas que facultan a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida de grupo y dejar sin efecto reglas anteriores. Estas le dan movilidad a las normas primarias. Por su parte, las *reglas de adjudicación* son secundarias y confieren potestad, además, determinan los individuos que pueden juzgar (así como los procedimientos).

Según la teoría de Hart, puede hablarse de la existencia de la regla de reconocimiento y de su validez en cuando a las primarias y secundarias —desde un punto de vista interno y externo—, pero no puede considerarse lo mismo del criterio supremo de validez de la regla de reconocimiento ya que ella en sí misma no es válida.

Para determinar hasta qué punto es válida la Constitución a partir del criterio de validez de las normas dependientes e independientes, se puede considerar, como punto de partida, que la Constitución —entendida como regla de reconocimiento— es válida tanto desde un punto de vista interno como desde

11 HART, H. L.A. El concepto de Derecho. Abeledo Perrot. 1963., Pag. 117.

otro externo. Hart infiere de la regla de reconocimiento su aceptación y luego utiliza su existencia como criterio de validez de todas las demás reglas jurídicas.

Consideraciones varias

En términos generales, puede afirmarse que la Constitución es válida a partir de normas dependientes; tanto la *norma fundamental analítica* de Kelsen como la *fundamental empírica* de Hart dependen de normas y criterios presupuestos para su validez. A partir de estas normas y criterios fundamentales se determina el sistema jurídico y, en consecuencia, la misma Constitución como norma o regla dependiente de otras. Por su parte, Austin considera que existe una norma siempre y cuando esta cumpla –entre otros– con el requisito que la diferencia de las demás: ser emanada por un superior político.

Para concluir quisiera plantear la concepción propuesta por Robert Alexy respecto a la validez del derecho:

El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección¹².

El presupuesto de la validez de una Constitución es ser socialmente eficaz; sin embargo, esto sólo puede lograrse si el sistema jurídico promulgado por ella es, en general, socialmente eficaz. Este concepto se ve restringido con la injusticia.

Para Alexy, en términos generales, la validez de la Constitución se presenta en la medida en que haya eficacia social (no depende otros criterios normativos) y, a su vez, pierde validez cuando no posee un mínimo de eficacia social. En este sentido, la Constitución como elemento normativo depende de factores distintos a esa normatividad para sustentar su validez en la eficacia social.

En consecuencia, podría afirmarse que de acuerdo al criterio presentado por Moreso y Navarro respecto a las normas dependientes e independientes, la concepción de validez de la Constitución planteada por Alexy debe entenderse como un sistema jurídico independiente pero determinado por la eficacia social.

CONCLUSIONES

Para Austin, el criterio de validez respecto del derecho positivo no corresponde al criterio de validez de moral positiva. Por su parte, la Constitución, como tal, se regiría por los parámetros de validez de la moral positiva ya que las *leyes son impuestas por superiores políticos*.

El fundamento kelseniano de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra que esté determinada por una superior en relación con la inferior. Así mismo, la validez de la norma no se funda en el hecho de haber sido establecida por una autoridad (Dios, el hombre) sino que está determinada por una que debe ser obedecida. La norma

12 ALEXY, Robert, El Concepto y la Validez del Derecho, Colección estudios Alemanes, pág. 123.

fundante es independiente pero únicamente sobre el mismo esquema de la validez del ordenamiento jurídico puede carecer de validez a pesar de darle validez a la Constitución.

Por su parte, la regla de reconocimiento proporciona los criterios para la identificación de otras reglas del sistema. Entre tanto, cuando se afirma que ella existe se formula un enunciado externo sobre un *hecho* efectivo, el cual se refiere a la manera en que son identificadas las reglas de un sistema “eficaz”. Hart infiere de la regla de reconocimiento su aceptación y luego utiliza su existencia como criterio de validez de todas las demás reglas jurídicas.

En términos generales, la validez de la Constitución se presenta en la medida en que exista eficacia social y, además, no depende de

otros criterios normativos, pues estos pierden validez cuando no poseen un mínimo de eficacia social. En este sentido, la Constitución, como elemento normativo, depende de factores distintos a esa normatividad para sustentar su validez en la eficacia social.

Bibliografía

- [1] Alexy, R. (1997), *El concepto y la validez del derecho*, , BarcelonaUDAD, Editorial Gedisa.
- [2] Austin, J. (AÑO), *El campo determinado de la jurisprudencia*, CIUDAD, EDITORIAL.
- [3] Hart. H. (1963), *El concepto de derecho*, Buenos Aires; EDITORIAL.
- [4] Kelsen, H. (1998), *Teoría pura del derecho*, Ciudad de México, EDITORIAL.
- [5] Moreso y Navarro (1993), *Orden jurídico y sistema jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.