

LA TESIS DEL SISTEMA Y LA ENCRUCIJADA POSITIVISTA: ¿ES POSIBLE SEGUIR HABLANDO DE LA TESIS DEL SISTEMA SIN RENUNCIAR A LA TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES?

Pilar ZAMBRANO

Universidad Austral (Argentina)

VERGARA, Oscar, *Teorías del sistema jurídico*, Comares, Granada, 2009, 325 pp.

Comenzando por el padre de la tradición, Jeremy Bentham; continuando con sus dos principales referentes, Herbert L.A. Hart y Hans Kelsen; y acabando con sus respectivos discípulos, Joseph Raz y la dupla Bulygin-Alchourrón, el libro ofrece una respuesta actual y acabada a la pregunta por el significado y el lugar del concepto de sistema jurídico en el positivismo analítico. Cada una de estas teorías es abordada por autores de incuestionable competencia en la materia, cuya mirada madura, rigurosa y asentada de la tradición positivista se proyecta a la totalidad de la obra.

Todos los autores utilizan como prisma de análisis el concepto formal de sistema propuesto por Joseph Raz, según el cual cualquier teoría del sistema debería poder dar cuenta de (a) la existencia del sistema que se pretende describir; (b) sus rasgos de identidad o su peculiaridad; (c) las reglas o normas que conforman su contenido; y (d) la estructura o el tipo de relación que conecta a las normas entre sí, conformando una unidad. Sirviéndose de esta perspectiva común de estudio, Oscar Vergara concluye la obra con una excelente síntesis comparativa de las respuestas ofrecidas a estas cuatro cuestiones por cada una de las teorías estudiadas.

En todos los casos el estudio del concepto de sistema se encuadra en el marco de otros temas fundamentales de las teorías del derecho abordadas, desde la naturaleza del concepto de norma, de validez y de eficacia; hasta los de obligatoriedad, contenido e interpretación del Derecho. Podría pues afirmarse sin temor a error que el libro excede su propio propósito y que, desde la perspectiva del concepto de sistema, ofrece un estudio consistente de algunas de las más representativas teorías del derecho analíticas, desde los comienzos de la tradición hasta nuestros días.

Esta amplitud temática, así como el reflejo del orden cronológico de aparición de las teorías estudiadas en el orden secuencial de los capítulos, ofrece una perspectiva privilegiada para entrever algunos de los elementos que permiten hablar de una tradición única, a pesar de la diversidad; notar la evolución de estos elementos en el tiempo; y evaluar el mayor o menor éxito con que se realizaron los propósitos iniciales de la tradición.

De entre los tantos modos posibles de aprovechar esta oportunidad interpretativa de la obra en su conjunto —tantos como lectores haya—, una es comenzar

advirtiendo que en la teoría benthamiana descrita por Luis Cruz aparecen nítidamente por lo menos tres de estos puntos de encuentro entre las diferentes teorías abordadas en el libro: la concepción complementaria de las normas jurídicas y la consecuente convicción de que conforman un sistema, la tesis de las fuentes sociales, y la tesis de la aproximación descriptiva y a-valorativa al estudio del derecho. Si algo deja claro Cruz es la transparencia con que Bentham manifiesta los ideales científicos y políticos que justifican la presencia de estos tres elementos en su teoría.

Desde el punto de vista político, Bentham concibe al Derecho como una herramienta social destinada a realizar el valor “seguridad jurídica”. La seguridad jurídica exige notoriedad o visibilidad del Derecho, y la notoriedad o visibilidad del Derecho dependería de su sistematicidad. Puesto en relaciones de proporcionalidad: a mayor sistematicidad mayor notoriedad, y a mayor notoriedad, mayor seguridad. En este orden funcional, la ciencia jurídica aportaría tanto al legislador como al intérprete del Derecho, los conceptos necesarios para que la construcción y la concepción sistemática del Derecho sean posibles y, por lo mismo, funcionales al ideal político de seguridad.

Entre los conceptos funcionales a la tesis de la sistematicidad del Derecho, destacan la distinción benthamiana entre “mandatos neutrales” y “mandatos firmes”; entre la dimensión directiva y la dimensión coactiva de las normas; entre la expresión legal y la proposición legal. Todas estas distinciones conceptuales se mantienen firmes en la tradición analítica. Así surge del estudio de Rivas sobre Hart, y la distinción entre normas primarias y secundarias; de los estudios de Vergara, y la distinción kelseniana entre normas completas e incompletas, o la distinción de Bulygin y Alchourrón entre normas dependientes e independientes, y entre normas conceptuales y normas prescriptivas; y del estudio de Seoane acerca de la distinción raziana entre cinco clases de disposiciones jurídicas.

La asunción de estas distinciones benthamianas por el resto de las teorías que siguieron cronológicamente a Bentham manifiesta la continuidad y pervivencia de la tesis del sistema en el positivismo analítico. Lo que el lector advierte que varía de teoría en teoría, y de algún modo podría decirse que recorre un ciclo completo desde Bentham hasta Bulygin y Alchourrón, es la mayor o menor conciencia de la naturaleza ideal y eminentemente constructiva de la tesis del sistema, así como de su funcionalidad a la tesis de las fuentes sociales y de la pureza o neutralidad de la ciencia jurídica.

Asumiendo el riesgo de ser redundantes, parece conveniente explicitar una vez más la naturaleza de esta funcionalidad en la teoría de Bentham: la complementariedad de las normas con vistas a la seguridad jurídica —tesis sistémica— asegura su notoriedad. La notoriedad, como dimensión de la seguridad jurídica, permite y justifica a la vez que la ciencia se limite a describir el Derecho —neutralidad de la ciencia jurídica—, y que el Derecho opere autónomamente, sin otros recursos normativos que los que estuvieren positivados —tesis de las fuentes sociales—.

Ahora bien, hablar de sistema supone una de dos cosas: o bien un regreso justificativo o conceptual al infinito (una norma se justifica o explica por otra,

y así sucesivamente), o bien la aceptación de que existen normas que se auto-justifican o auto-explican. Lo primero implicaría renunciar al sistema. Lo segundo es incompatible con las tesis de las fuentes sociales y de la neutralidad de la ciencia jurídica, porque implicaría asumir la dependencia entre el Derecho y otros órdenes normativos. Si hubiera que elegir alguna conclusión general de las muchas que pueden extraerse de la lectura global de esta obra es que, dejando a salvo a Bentham, la historia del positivismo analítico casi podría reducirse al intento por superar esta encrucijada. Sacando provecho de los estudios que componen el libro, podría proponerse una descripción de la evolución de esta encrucijada como la que sigue.

Ya quedó dicho que en Bentham esta disyuntiva no se presenta porque asume con completa lucidez y transparencia la segunda de estas opciones. Bentham sabía lo que quería, como científico y como político, y construyó una teoría del derecho *ad hoc* para ambos niveles intencionales. Bentham sabía que la neutralidad de la ciencia del Derecho comenzaba después —no antes— de haber definido a la seguridad jurídica como ideal político, y no tenía empacho en reconocerlo. Y sabía que la tesis de las fuentes sociales comenzaba, también, una vez que se había aceptado como válida la norma de moralidad política según la cual el Derecho se justificaba en la medida en que fuera útil. El sistema acababa, pues, en una suerte de norma auto-evidente del tipo “todo el Derecho se justifica y entiende en la medida en que sea útil, y será útil si aporta seguridad jurídica”.

En los más de cien años que separan a Bentham de Kelsen y de Hart la lucidez de esta conciencia parece languidecerse.

Hart asume (¿o hereda?) hasta tal punto la naturaleza sistemática del Derecho, que ni siquiera se detiene en considerar explícitamente por qué y para qué el Derecho debería realizarse sistemáticamente. Aunque no lo diga expresamente, Rivas coincidiría en que Hart toma al sistema como un axioma que no se molesta en poner a prueba. Intentando explicar el punto de vista interno o la obligatoriedad del Derecho, entiende que es un hecho incontrovertible que las normas se justifican en referencia y complementación con otras normas. A fin de evitar el regreso al infinito, concluye la cadena de justificación en el hecho del uso de las reglas de reconocimiento, sin explicitar cómo este uso, que no deja de ser un hecho, puede justificar la obligatoriedad de normas.

Muy probablemente Hart asuma que existe una norma auto-evidente, del tipo “el uso de una norma —de reconocimiento— con la convicción de que es obligatoria” genera su propia obligatoriedad, y la de todas las normas que pudieran derivarse de ella. Pero esto es sólo una probabilidad que, en cualquier caso, no parece compatible con la tesis estricta de las fuentes sociales ni con la pretensión de pureza de la ciencia jurídica.

Vergara muestra con encomiable rigurosidad la evolución de Kelsen, que comienza con esta misma tesis axiomática pero que, en la segunda fase de su obra, se topa de tal modo con la realidad constructiva y valorativa de la naturaleza sistemática del Derecho, que —por así decirlo— queda “aturdido”, y la abandona no ya como postulado, sino también como ideal. Con lo cual no sólo echa por

tierra el concepto de sistema, sino todos los conceptos y distinciones que dependen de éste, comenzando por la naturaleza obligatoria del Derecho.

A partir del análisis de Seoane la propuesta de Raz se yergue como un ejemplo emblemático de la fuerza con que la tesis sistemática pervive en la tradición analítica, a pesar de que no pervivan los ideales que justificaron su introducción. En efecto, en su extensa obra dedicada específicamente al problema del sistema, acepta que la naturaleza sistémica del Derecho puede o no darse, según las prácticas, pero que es una nota de progreso que el sistema se dé. Sin embargo, no justifica la evidente connotación valorativa o axiológica que cualifica al concepto de “progreso”, ni mucho menos explica cómo puede derivarse una obligación moral de obedecer al Derecho, a partir del mero hecho del uso de estas disposiciones. Salvo, claro está, que también asuma que existe una norma moral auto-evidente según la cual “el uso de una norma de reconocimiento o de discrecionalidad por parte de una institución jurídica genera la obligación moral de obedecer”.

Aunque Seoane no lo incluya de forma expresa en su estudio, es pertinente recordar que en el contexto de sus debates con John Finnis acerca de la relevancia práctica o moral del Derecho, Raz niega que exista una norma moral como la que aquí se esboza, que justifique globalmente la obligatoriedad del Derecho. Afirma en cambio que la obligatoriedad o la autoridad del Derecho es casuística: depende de la mayor o menor necesidad del Derecho como orden coordinador de la conducta humana, según el tipo de actividad social de que se trate. Y agrega además que esta obligatoriedad no emanaría estrictamente del Derecho, sino más bien de la —obligatoriedad moral— de la práctica social subyacente que el Derecho pretende coordinar. El Derecho sería investido con esta obligatoriedad, por así decirlo, en la medida en que la práctica social justifique su injerencia o intervención como agente coordinador.

Esta doble negación de la moralidad global del Derecho y de la capacidad del Derecho para generar por sí mismo obligaciones morales es tan comprensible desde el punto de vista de la tesis estricta de las fuentes sociales o de la separación entre Derecho y moral, como incompatible con la naturaleza sistémica del Derecho. Se comprende que se procure desligar al Derecho de cualquier tipo de norma moral, si se asume axiomáticamente lo primero, que el Derecho es independiente de otros órdenes normativos. Lo que en cambio permanece indiscutible es porqué Raz insiste en lo segundo, la naturaleza sistémica del Derecho, e incluso la cualifique valorativamente como signo de progreso.

En realidad, la teoría raziana aquí descrita por Seoane es un botón más de muestra del laberinto borgiano al que conduce la pretensión positivista de recibir toda la herencia de Bentham, con el beneficio de inventario de excluir sus ideales políticos. El positivismo analítico aspiró a demasiado cuando pretendió justificar la obligatoriedad y/o la normatividad del Derecho mediante la relación sistemática de unas normas con otras; rechazando la existencia de una norma o un conjunto de normas meta-jurídicas que sostuvieran la pirámide en su totalidad. En este contexto, la desilusión kelseniana se muestra como el resultado inevitable de una pretensión inviable.

Fue preciso pasar por la desilusión kelseniana para que Alchourrón y Bulygin volvieran a los orígenes y, como apunta Vergara, despertaran nuevamente la conciencia de esta naturaleza ideal o valorativa del concepto de sistema en el plano práctico o político, así como de la necesidad de lógica de desligarlo de un pre-concepto empírico de ciencia. Lo que sin embargo ni Alchourrón y ni Bulygin ofrecen —a diferencia de Bentham, y no al menos en la descripción de Vergara— es una propuesta de justificación de este ideal político de sistema. Y no lo hacen, muy probablemente, porque todavía se reservan una dimensión importante del pre-concepto empírico de ciencia que anima a la tradición analítica en toda su extensión —dejando a salvo a Bentham—, según la cual la axiología está fuera de toda dimensión cognitiva.

En cualquier caso, Vergara rescata el intento de los autores por superar la encrucijada aduciendo la naturaleza conceptual de las reglas últimas o independientes que sostienen todo la cadena de validez normativa, y renunciando a la pretensión de que esta cadena de validez justifique la obligatoriedad del Derecho. Confrontando este intento con las demás teorías incluidas en el libro, podría decirse que entre Kelsen, que en su segunda etapa renuncia al sistema por completo; y Hart y Raz, que miran para otro lado; Bulygin y Alchourrón intentan salvar *algo* del sistema, asumiendo que no pueden salvarlo *todo*. Apuestan a salvar el sistema como un objeto de estudio para la ciencia, pero desde ya no a salvarlo como una práctica que pretende ofrecer razones para la acción.

Por muy loable que sea la sinceridad de este empeño, cabe no obstante también dudar del éxito en la consecución de estos fines más reducidos. Vergara apunta que si bien los autores admiten la compatibilidad de su propuesta con una concepción ius-naturalista, donde el sistema jurídico se integraría con un sistema moral; también expresan su convicción de que es posible (¿y preferible?) una concepción autónoma del sistema jurídico, donde éste aparece como auto-suficiente, o cerrado a normas y bienes meta-jurídicos.

Pero si así fuera, el lector se queda perplejo con una serie de preguntas de las que, al menos en la descripción de Vergara, los autores no parecen tomar plena conciencia. En primer lugar, la pregunta por el parámetro axiológico desde el cual un caso o problema no contemplado por el Derecho se juzga como relevante y, por lo mismo, como causa u ocasión de una laguna normativa. Es justo remarcar como hace Vergara, que los autores admiten que la identificación de toda laguna normativa supone un juicio de relevancia que posee una dimensión axiológica.

Esta admisión es inevitable. Afirmar que hay una laguna normativa es afirmar que un caso o problema permanece irresuelto por el Derecho. Pero la concepción de una situación fáctica como problemática implica la afirmación de que no se ajusta a determinados bienes, valores o normas. Si estas normas, bienes o valores son jurídicos, entonces el caso está previsto o considerado por el Derecho y no hay laguna normativa. Si en cambio estos bienes, valores o normas jurídicas no contemplan el caso en modo alguno, entonces sólo podría lógicamente concluirse que la situación es irrelevante desde el punto de vista jurídico, como concluyó Kelsen en su primera etapa.

Desde esta perspectiva, se comprende que los autores concluyan que la admisión de que existen lagunas normativas implican un juicio de relevancia que es necesariamente axiológico o meta-jurídico. Implican, en otras palabras, la aserción de que “el derecho debería haber contemplado” un caso que no contempló, pues el caso es relevante desde el punto de vista de bienes, valores o normas meta-jurídicas.

Lo que sin embargo no termina de comprenderse es desde qué prisma se distingue entre lagunas normativas relevantes e irrelevantes, una vez que se juzga un caso como relevante. ¿Conduce esto quizá a un regreso al infinito? En otras palabras, ¿es posible admitir la existencia de lagunas normativas, y descartar la existencia de un criterio axiológico objetivo o fuerte para enunciar el juicio de relevancia?

Vergara se detiene largamente a explicar que el sistema no es para estos autores un estado ya realizado y esperando ser descubierto, sino el fruto de la actividad libre del jurista, que focaliza su atención en parcelas concretas de un conjunto de enunciados jurídicos con el fin cognitivo de extraer todas sus consecuencias lógicas y con el propósito práctico de descubrir soluciones para conductas determinadas (universo de acciones) en circunstancias determinadas (universo de discurso). Sería pues algo así como la re-ordenación del material jurídico, en miras a la solución de un determinado problema o caso, y teniendo en cuenta las circunstancias especiales del caso.

Esta naturaleza *ad hoc* y tópica del sistema plantea, casi con obviedad, un segundo nivel de preguntas, algo más incómodo para los autores: ¿cómo se formulan en general los problemas o casos a partir de los cuales el intérprete o jurista sistematiza las normas jurídicas? ¿Cómo se advierte que hay un problema jurídico, cuando todavía no hay sistema construido? ¿No parece plausible pensar que el problema jurídico aparece primero como un problema de justicia, y que sólo se conceptualiza como jurídico una vez que se identifican las normas jurídicas que, al menos *prima facie*, se vinculan al caso?

En otras palabras, el juicio de relevancia que según los autores está implícito en la identificación de cualquier laguna normativa, se encuentra también implícito en la identificación de los problemas jurídicos para los cuales se supone que el Derecho sí tiene solución. En especial, si se considera, como consideran los autores, que la identificación del problema es previa a la construcción del sistema. Pues sin el sistema no hay material conceptual para identificar un problema o caso *qua* jurídico.

Desde la perspectiva interpretativa de la obra que se propone, se concluye, en fin, que excepto en el caso de Bentham ninguna de las teorías que se estudian en el libro puede conservar el pan y la torta, la tesis de las fuentes sociales y la tesis sistémica. Kelsen renunció a la tesis sistémica; Hart y Raz, de forma velada, a la tesis de las fuentes sociales; Bulygin y Alchourrón, de forma explícita a lo más valioso de la primera, que es la capacidad de justificar la obligatoriedad del Derecho.

La pregunta en este sitio es porqué no volver a los orígenes y aceptar, como hizo Bentham, que la tesis de las fuentes sociales es limitada. Que el Derecho no

es creación pura, de la nada y hacia la nada, sino creación con vistas a un ideal que el Derecho no crea, sino que recibe o acepta. Claro que aceptar esto implica aceptar también que el ideal es cognoscible, pero esto es quizá mucho pedir para una tradición que se irguió sobre la base de que los ideales o los valores, precisamente porque son valores o ideales, no son objetos de conocimiento.

