

CUENCA GÓMEZ, Patricia, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, pról. de Gregorio Peces-Barba Martínez, Madrid, Dykinson, 2008, 614 pp.

El problema de la validez jurídica es uno de los más importantes en filosofía del derecho. Aunque la diferenciación del derecho válido con respecto al que no lo es ha sido siempre un expediente abierto y complejo, últimamente parece haber adquirido ciertas peculiaridades. Existen indicios de que las propuestas tradicionalmente adscritas al jusnaturalismo y al positivismo jurídico son insuficientes: ni los criterios puramente materiales ni los formales, entendidos de forma exclusiva y excluyente, reflejarían la manera que operan los ordenamientos jurídicos. Esto resulta particularmente cierto en aquellos contextos donde se han incorporado contenidos materiales en sus grados superiores, pues desvirtúan la pretendida prevalencia de los criterios formales. Por ello, y en la medida en que esta última postura suele identificarse sin más con el positivismo jurídico, se afirma que sus presupuestos estarían severamente cuestionados por dicha incorporación.

Quizá haya quien piense que el libro de P. Cuenca Gómez se inserta en esa línea crítica. Sin embargo, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Premio Internazionale “Norberto Bobbio” de la Fondazione Rosselli a la mejor tesis de doctorado en ciencias jurídicas de 2006, se aparta de tal finalidad. Su trabajo defiende la posibilidad de arbitrar una respuesta al problema de la relevancia de los contenidos materiales en la validez jurídica —siempre entendida como pertenencia— desde una perspectiva positivista. Sostiene que una lectura atenta de la obra de H. Kelsen permite reconocer, hechas las matizaciones pertinentes, un papel relevante a los contenidos materiales en la determinación del derecho válido de cualquier ordenamiento y que ello sería posible manteniendo la distinción conceptual entre derecho y moral. Partiendo de un enfoque sistemático y funcional, la autora se embarca en una empresa compleja, a lo largo de los cinco capítulos que integran la obra, con la finalidad de mostrar cómo el sistema jurídico

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XLIV, núm. 131,
mayo-agosto de 2011, pp. 883-891

puede tenerse como un sistema normativo mixto (SNM) en el que coexisten y se correlacionan criterios materiales y formales para la validez jurídica.

Pues bien, la afirmación de la importancia de los contenidos materiales de validez en clave positivista requiere una noción precisa de las implicaciones del carácter dinámico del sistema y que parta de una construcción gradual y jerárquica del ordenamiento. Para ello, en el primer capítulo, *El carácter dinámico del sistema jurídico*, se cuestiona la lectura tradicional que suele contraponer y distinguir los sistemas normativos dinámicos (SND) y estáticos (SNE) por los criterios formales y materiales que, respectivamente, les caracterizarían. Esa “visión canónica” afirma que en los sistemas jurídicos tanto la norma fundamental como en las relaciones entre sus normas se referirían exclusivamente a criterios formales: en el primer caso designaría un “hecho creador inicial” que define cómo deben producirse las normas pertenecientes al sistema. Las relaciones entre sus normas se caracterizarían por ser relaciones de “pura delegación” en las que no importaría el contenido de las normas.

A decir de la autora, la “visión canónica” es cuestionable desde el momento en que parte de una perspectiva dicotómica entre los SNE y los SND y, sobre todo, porque traslada la configuración de la norma fundamental a las relaciones internormativas. Es decir, ubica al mismo nivel algo que no lo está: mientras que la norma fundamental hace referencia, en un punto de vista externo, a una “modalidad de constitución”, las relaciones internormativas se refieren a una “modalidad de estructuración”, ubicándose en un punto de vista interno. Asimismo, la distinta “naturaleza” formal/material de las normas fundamentales de los SND/SNE tampoco serviría para diferenciarlos a partir de la construcción kelseniana. Dado el relativismo del autor en el plano ético, le resulta imposible reconocer la existencia de una norma que sea “autoevidente” y, por lo tanto, no puede acceder al fundamento material de carácter absoluto e incuestionable que presuponen los SNE. Más bien, y en esto se hace énfasis, la distinción SNE/SND vendría a contraponer un modo metafísico y otro positivo de ver el mundo de la normatividad, expresando distintas ontologías normativas. De ahí que de asumirse la concepción dinámica se tomen en consideración —con la importante excepción de la norma

fundamental— únicamente las normas positivas que tienen su origen en determinados hechos, en actos de voluntad humanos.

En el segundo capítulo, *La dimensión estática del sistema jurídico*, se intenta poner de relieve cómo el enfoque funcional asumido proporciona argumentos que justifican la necesaria presencia de contenidos materiales en el sistema. Desde este enfoque, el derecho como fenómeno normativo se concibe como una técnica de control social cuya función primordial es servir de guía a la conducta. Y para cumplir con ella, debe ser de tal manera que la gente pueda ser guiada por él; es decir, resulta indispensable que posea ciertas características que le habiliten para llevar a cabo con alguna garantía su cometido. Tales notas vienen a coincidir con las exigencias que integran la “moral interna del derecho” de Lon L. Fuller, y entre ellas destacan los requisitos de generalidad, congruencia, coherencia, claridad y publicidad. Pues bien, todas ellas implican la presencia y relevancia de contenidos materiales en el funcionamiento del derecho. Si además se tiene presente las exigencias derivadas de la opción sistemática adoptada (jerarquía, unidad —que implican la conformidad de las normas inferiores con las superiores— plenitud y coherencia), se aportan, a juicio de la autora, “razones contundentes para afirmar la importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica” (p. 139).

Ahora bien, ¿cómo podrían asumirse estos contenidos sin enfrentarse al enfoque positivista del trabajo? A decir de Cuenca Gómez debe distinguirse la perspectiva por la cual se defiende la configuración del derecho de conformidad con esas notas. En ocasiones se tienen en cuenta los fines a los que se serviría: bien porque sirva a un conjunto de ideas a las que se asigna valor moral intrínseco (por ejemplo, certeza jurídica, igualdad formal o imperio de la ley) o bien porque se favorezca la idea de autonomía individual. En ambos casos se asume una vinculación conceptual entre el derecho y alguna moralidad que resulta problemática con los presupuestos positivistas. En la obra se propone, por ello, apreciarlos en clave funcional: aquí los rasgos no poseerían un significado moral, puesto que ni condicionan la justicia y/o legitimidad de las normas jurídicas, ni se defienden con fin alguno, sino que se presentan como condiciones objetivas para la eficacia del derecho visto como técnica de control social. De la misma forma la concepción sistemática no se asume por algún fin es-

pecífico sino en clave funcional. No tiene mayor pretensión que velar por la eficacia de la técnica.

En el capítulo tercero, *El sistema jurídico como sistema mixto*, la autora deslinda y matiza su propuesta de otras de SNM. Teniendo como base los criterios de deducibilidad y legalidad, que dan cuenta de la pertenencia de las normas dependientes, distingue, a grandes rasgos, dos modelos de sistema mixto. En uno, la validez de las normas derivaría de la operación conjunta de tales criterios; en el otro, derivaría de su operación disyuntiva. Pues bien, el modelo de SNM que precisa la operación conjunta de los criterios de legalidad y deducibilidad implica limitar la competencia normativa de los órganos jurídicos a la emisión de consecuencias lógicas, bloqueando la posibilidad de innovar los contenidos del sistema. Se trata de un sistema cerrado en el que la norma primaria determina totalmente el contenido de las demás normas y en el que no queda margen alguno de discrecionalidad. Ésta caracterización es incompatible con las ideas plasmadas en la obra, entre otras razones, porque aquí se opta por una visión *relativamente cerrada* del sistema: el contenido de las normas dependientes estaría sólo parcialmente determinado por el contenido de la norma primaria.* Aún así, desde estas premisas, el deber de coherencia en el ámbito de las normas jerárquicamente ordenadas se traduce en la invalidez de las normas inferiores contradictorias con las superiores y posibilita sostener la existencia de una obligación de compatibilidad con el contenido de las normas de rango más elevado. En cualquier caso, la dimensión estática del sistema mixto asumida por Cuenca Gómez podría considerarse como una noción débil, toda vez que se define en términos de compatibilidad y no de deducibilidad.

El modelo disyuntivo recibe un mayor tratamiento, pues tal caracterización de SNM posee mayor capacidad explicativa según la doctrina (además de ser el modelo aludido por Kelsen). Éste modelo

* La visión mixta manejada en el libro puede reconducirse de la siguiente forma: “para toda autoridad normativa X del sistema, X es competente exclusivamente para emitir normas determinadas”, a saber, “todas aquellas normas que no sean incompatibles con las normas superiores” y, en última instancia, que no entren en contradicción con la norma constitucional (pp. 254 y 255).

consideraría válidas tanto las normas que han sido dictadas por los órganos competentes, a través de sucesivos actos normativos, como sus consecuencias lógicas. La operación disyuntiva de los criterios de validez presenta una doble problemática: por un lado, si el principio de legalidad queda identificado solamente con la regularidad formal de los actos, podría cuestionarse el papel de la condicionalidad impuesta por el principio estático; por el otro, si las normas sólo derivan lógicamente del contenido de normas anteriores, no haría necesaria su emisión por autoridades competentes cuestionando, a su vez, el principio dinámico. Aunque éste se encuentre más próximo al propuesto, se introducen algunas distinciones importantes sobre la forma en que integra a su propuesta tanto la dimensión estática como la dinámica del ordenamiento. Desde el modelo disyuntivo, cada una de ellas será presentada a través de un principio: la perspectiva estática a través del criterio de deducibilidad y la dinámica a través del de legalidad.

La idea de que las consecuencias lógicas de las normas válidas como normas también válidas, es deudora de *Normative Systems* que se analiza a detalle en esta parte. La noción de sistema utilizada por C. Alchourrón y E. Bulygin —como conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias lógicas— se concibe como una herramienta metodológica para dar cuenta de la tarea de *sistematización* que desarrolla la ciencia del derecho, responde al uso dogmático de sistema jurídico y se plantea en el plano estático de análisis del fenómeno jurídico. La idea de sistema en el trabajo de Cuenca Gómez, por el contrario, se asume como una herramienta metodológica destinada a representar la función de *identificación* de las normas, que responde al uso iusfilosófico de la idea de sistema jurídico. Sirve para exponer los condicionamientos que operan en el proceso dinámico de creación, aplicación e interpretación normativa (pp. 272 y 273). Nótese que esas visiones, aunque relacionadas, se formulan en planos distintos. En cualquier caso, lo importante es que, al plantearse la pertinencia del modelo definido por la operación disyuntiva de los criterios de legalidad y deducibilidad, en ambas propuestas se afirma que son normas válidas no sólo aquellas que fueron creadas respetando los límites materiales y formales que condicionan la producción normativa, sino también sus consecuencias lógicas.

Después de analizar los problemas de compatibilidad de las normas derivadas con el positivismo jurídico, la autora concluye que las mismas podrían ser asumidas por aquél, siempre y cuando se reconduzcan a normas dictadas por autoridades competentes (a normas formuladas). El obstáculo más importante de este planteamiento radicaría en pretender que las normas derivadas sean consecuencias lógicas necesarias de las normas formuladas. Es en esta parte donde la investigación se aparta de lo señalado en *Normative Systems*: no se asume que la obtención de las consecuencias normativas, a partir del sistema básico de normas formuladas —la “base axiomática”—, pueda hacerse sólo mediante reglas de inferencia lógica. Por el contrario, uno de los puntos de referencia del trabajo es que reconoce que la extracción de normas a partir de normas supone una creación del derecho en sede interpretativa. La determinación del sistema básico depende de la asignación de significados raramente unívocos e implicaría, al menos, la posibilidad de concebirse formas distintas. Si se tiene en cuenta, además, que el modelo “deductivista” impone fuertes restricciones al razonamiento jurídico, se abonan razones para matizar la utilidad del análisis lógico del derecho.

En el capítulo cuarto, *Sistema mixto e interpretación jurídica*, se exponen las tesis de las que depende el éxito de la propuesta de tener al sistema jurídico como SNM. El objetivo central de este capítulo será afirmar la relativa determinación de los enunciados jurídicos y defender su relevancia en cualquier operación de creación y aplicación normativa. En esta parte, Cuenca Gómez necesita distanciarse tanto del escepticismo interpretativo, como de la idea de que el derecho es absolutamente determinado, pues ambos son incompatibles con las tesis asumidas a lo largo del trabajo. Asimismo, necesita tomar postura frente a la “teoría intermedia” que sostiene que la interpretación es algunas veces una actividad cognitiva y otras una actividad discrecional. Como se sabe, la teoría intermedia parte de la insuprimible vaguedad del lenguaje y de una dualidad entre un significado cierto (a los que se adscribirían casos claros) y una zona de penumbra (donde se sitúan casos dudosos). Como puede observarse, ésta última tiene el inconveniente de presentar la actividad interpretativa en los casos dudosos como si carecieran de vínculo alguno. Esto explicaría por qué se ve abocada a defender otro tipo de teoría interpretativa en la cual

la validez de sus resultados “no dependa en exclusiva, ni de la voluntad del intérprete, ni de parámetros objetivos que éste pueda descubrir más allá de la normatividad jurídica” (p. 409).

¿Dónde encontrar o cómo articular una teoría capaz de conjugar dichos aspectos? La concepción que se asume es la de “la ideología de la decisión interpretativa legal y racional” propuesta por J. Wróblewsky. Dicha propuesta resultaría “plenamente compatible con la visión del derecho como sistema pero, en lugar de contemplarlo como un conjunto perfecto de normas, reconoce el ‘espacio decisonal’, eso sí limitado, que en su desarrollo corresponde a los intérpretes y reclama ‘elecciones racionales a la hora de decidir en esta área’” (p. 422). Desde sus premisas, cabría afirmar la presencia de dos tipos de límites a esa actividad interpretativa: por un lado, los que se proyectan sobre su legalidad, que se desenvuelven en el plano de la validez; y, por otro, aquéllos que se sitúan en el plano de la corrección y que orientan la opción entre los significados admisibles. Por ello, la teoría interpretativa adoptada supone hacer especial énfasis en la idea de “significado literal”, como significado gobernado por reglas. Es en él donde podría encontrar asidero la mínima determinación del derecho, elemento clave de su propuesta.

Para Cuenca Gómez, en efecto, “el significado literal resultante de la aplicación de reglas y convenciones semánticas y sintácticas, presenta un carácter abstracto, público, intersubjetivo y suficientemente acontextual, como para explicar los procesos de comunicación lingüística y condicionar el comportamiento de quienes participan en él” (p. 434). En su sentido más lato, se entiende que con el significado literal, los intérpretes, en un primer momento, concuerdan en la asignación de significado. Cuando esto ocurre, no sería necesario ir más allá. Si se estima insatisfactorio, y en caso de asignarse un significado distinto —sea más amplio o restringido—, la interpretación se tornaría “correctora”. El significado literal, no obstante, podría dejarse de lado al considerar inaceptables sus consecuencias. Para ello es indispensable cumplir dos requisitos: a) en el plano de su justificación, se deberá ofrecer una buena razón, y b) en el de su validez, la interpretación preferible no debe enfrentarse totalmente con el significado literal; es decir, tendría que *soportarse* desde las palabras de la ley y su significado “más obvio” (p. 444). Así, el significado literal sería un

límite negativo, pues no permite asignar a los enunciados jurídicos *cualquier* significado. En este sentido es que el sistema jurídico sería un SNM: la validez de sus normas depende de que hayan sido creadas por el órgano habilitado; y, también, de que respete el significado mínimamente determinado las disposiciones materiales superiores.

El último problema al que tiene que enfrentarse tiene que ver con la prevalencia —o no— de alguna de las dimensiones del sistema (estática o dinámica). En el quinto capítulo, *La caracterización última del sistema jurídico* se propone, frente a la “tesis del carácter en última instancia dinámico del sistema jurídico” asumida por Kelsen, la “tesis del carácter en última instancia mixto del sistema jurídico”. La autora argumenta que no sólo pueden revocarse decisiones que se hagan de forma contraria a las normas superiores, sino también aquellas en las que el órgano actúa más allá de su competencia. Que la objeción que suele hacerse al contenido, puede hacerse también al órgano y al procedimiento. Por ello no podría sostenerse la primacía de los criterios formales aduciendo la necesaria concurrencia de un pronunciamiento oficial para la invalidez material. La otra gran baza que juega la tesis propuesta tiene que ver con las consecuencias que se seguirían para la noción de sistema si se otorga primacía a lo formal. Tanto el expediente de la cláusula alternativa tácita de Kelsen, como la explicación de las normas que confieren poderes como normas constitutivas, conducirían, en última instancia, a la disolución del carácter sistémico del orden jurídico. En el primer caso, por ejemplo, de justificarse la validez de normas materialmente irregulares, la idea de sistema se torna incomprensible, ya que al situar el fundamento de la validez en el poder del órgano se imposibilita que el derecho pueda cumplir su función de control social.

A decir de la autora, la mejor forma de afrontar el problema de las normas irregulares —desde la perspectiva sistemática y funcional del derecho, asumida— es negar su validez. Esta solución, aunque no asumida por Kelsen, sería la que mejor se adapta a su obra. Y sostiene que:

las normas irregulares son normas *vigentes*, en el sentido de que son normas que existen empíricamente y que son *de hecho* usadas, aplicadas y reconocidas como vinculantes por los operadores jurídicos. Las normas irregulares se presentan como declaraciones “de deber” que funcionan

en el derecho “como si fuesen” normas válidas, a pesar de que no se ajustan a los criterios de validez establecidos en las normas superiores [p. 558].

Cuenca Gómez reconoce que la noción sistemática del derecho tiene límites al no poder identificar *todas* las normas que, de hecho, son consideradas jurídicas, siendo la irregularidad expresión de un conflicto entre el derecho válido y el derecho efectivo que Kelsen no puede asumir —no puede hablar desde su neokantismo de normas *efectivas* que *deben ser* inválidas—. La visión sistemática de lo jurídico operaría desde la visión propuesta como teoría descriptiva cuando el derecho funciona regularmente y como modelo prescriptivo, desde el interior del propio ordenamiento, en relación con las decisiones irregulares.

La idea del SNM, concluye, sería la mejor forma de contemplar socialmente el derecho, ya que se trata de un modelo que resulta operativo con carácter general para describir el comportamiento real y efectivo de los poderes públicos. Pero también porque, aunque de manera excepcional podamos encontrarnos con decisiones reales y efectivas que se reconocen como derecho a pesar de no satisfacer los criterios formales y materiales —decisiones jurídicas inválidas—, tales decisiones siempre, y en todo caso, se justifican apelando conjuntamente a ambos tipos de criterios (p. 570). En una época, en donde el enfoque sistemático del derecho parece estar a la baja o en la que el positivismo jurídico nos aboca al escepticismo, un trabajo como éste resulta muy oportuno. Su lectura nos recuerda la relevancia de las dimensiones materiales que siempre están presentes en el derecho, por más que sus contenidos específicos, como resalta G. Peces-Barba en el prólogo, puedan ser variables. Se trata, en definitiva, de una contribución articulada y rigurosa a la polémica de “los confines de lo jurídico”, que proporciona bases sólidas a aquel que no comparta del todo las propuestas teóricas no-positivistas al uso.

Francisco M. MORA SIFUENTES*

* Universidad de Guanajuato, México; doctorando en la Universidad Carlos III de Madrid (Programa derechos fundamentales); becario MAEC-AECID; *franciscomiguel.mora@alumnos.uc3m.es*.