
**«ESTRUCTURA Y DINÁMICA
DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS»**

CONJUNTOS Y SISTEMAS UNA OBJECCIÓN A ALCHOURRÓN Y BULYGIN

Some things are systems while others are not
(M. Bunge)

1. Introducción

En los últimos treinta años, la teoría del sistema jurídico parece haber sustituido definitivamente a la teoría de la norma como base de la teoría del Derecho. Una contribución decisiva en esta dirección -quizás sólo superada por la de Hans Kelsen- ha sido realizada por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: *Normative Systems* (en adelante NS), concretamente, ha constituido un auténtico punto de inflexión en este género de estudios. Aquí, a continuación, se tratará, sobre todo, de reconstruir el papel jugado por Alchourrón y por Bulygin en este acontecimiento doctrinal; si bien se planteará, al mismo tiempo, una objeción interna y alguna crítica externa, que termine por cuestionar el presupuesto mismo de la sistematicidad del Derecho.

Que el Derecho es un sistema, en varios sentidos de «Derecho» y de «sistema», parece ser uno de los presupuestos menos discutidos del pensamiento jurídico contemporáneo. Sin embargo, los no muchos autores que han problematizado tal presupuesto entre los cuales es necesario nombrar a los ya mencionados Alchourrón y Bulygin han terminado por adoptarlo con al menos tres importantes limitaciones. En primer lugar, es frecuente reconocer que la sistematicidad constituye (no un carácter intrínseco, sino) un simple *modelo* del Derecho. A veces, además, se ha admitido que se trata de un modelo elaborado no sobre el Derecho en sí, sino sobre las reconstrucciones proporcionadas por la *ciencia jurídica*. En algún caso, finalmente, se ha advertido que las versiones teórico-generales del modelo configuran al Derecho más bien como *conjunto* de normas que como sistema en sentido estricto.

En el próximo epígrafe, tras recordar algunos de los muchos sentidos en los que se habla usualmente de «sistema jurídico», se tratará de explicitar las tres limitaciones mencionadas, usualmente presentes sólo de forma implícita en la literatura sobre el tema. En el epígrafe tercero, expresamente dedicado a la reconstrucción de la teoría de Alchourrón y Bulygin, se mostrará precisamente cómo en la misma surgen las dos primeras limitaciones (sistema como modelo, y modelo -no del Derecho, sino- de la ciencia jurídica);

el epígrafe cuarto, en cambio, estará dedicado completamente a poner de manifiesto la tercera limitación (modelo del Derecho como mero conjunto de normas). Finalmente, el epígrafe quinto tratará de indagar la posibilidad de superar las tres limitaciones señaladas, abandonando, en su caso, el referido modelo del Derecho como sistema.

2. El Derecho como sistema: ¿en qué sentido, con qué límites?

Para cualquier jurista contemporáneo de cultura europeo-continental, que el Derecho es un sistema es menos una tesis a demostrar que un presupuesto indiscutible: presupuesto incorporado ya a los mismos usos lingüísticos, en los cuales, como es sabido, «sistema jurídico» y «ordenamiento jurídico» se han vuelto los sinónimos más comunes de «Derecho» en sentido objetivo. Parece entonces que quien se atreva a problematizar este presupuesto se encontrará en la embarazosa situación -aunque bastante normal cuando se hace filosofía¹- de tener que luchar contra el propio uso habitual del lenguaje. Aquí, a continuación, por lo demás, nos limitaremos a recordar algunos de los principales sentidos en los que se habla de «sistema jurídico», y a ilustrar las tres limitaciones mencionadas de la asunción de la sistematicidad del Derecho.

El *primer* sentido -en orden cronológico de aparición- en el que se habla de «sistema jurídico» es el típico del iusracionalismo del siglo XVII: «sistema» significa aquí una *sistematización extrínseca* del Derecho obtenida reconduciendo las normas a principios muy generales². Naturalmente, se han dado sistematizaciones anteriores a éstas, a partir de las primeras *dispositiones* del material jurídico realizadas por los juristas romanos; sin embargo, es discutible que en tales casos pudiera hablarse ya de sistema jurídico, visto que en la lengua y en la cultura romanas, a diferencia de la griega, falta el término «sistema» y el concepto mismo de sistema³. Igualmente resulta discutible, por razones análogas, que pueda hablarse de sistema en el caso del *common law*; aunque en éste se ha convertido en algo común hacerlo⁴.

¹ Cfr. L. Wittgenstein, *Vermischte Bemerkungen* (póstumo, 1977), trad. it. *Pensieri diversi*, Adelphi, Milano, 1977, p. 32: «Nosotros combatimos el lenguaje. Estamos en lucha contra el lenguaje (1931)».

² Cfr., p.e., la misma caracterización de los sistemas iusracionalistas del s. XVII llevada a cabo en C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative systems*, Springer, Wien, 1971 (de ahora en adelante NS), pp. 50ss.

³ El término «sistema» falta en el latín clásico, en el cual, por lo demás, ni el griego «systema» ni términos como «constructio», «compago», «ordo» y similares, tendrían usos jurídicos: cfr. al menos R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, II Mulino, Bologna, 1987, especialmente pp. 133-134.

⁴ Cfr. al menos P. Stein, *Legal Institutions* (1984), trad. it. con el título *I fondamenti del diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 1987, especialmente p. 159.

El *segundo* sentido en el que se habla de «sistema jurídico» es en el de la civilística alemana del siglo XIX, al menos a partir de Savigny. Aquí «sistema» indica el único *orden intrínseco* al Derecho, del cual las muchas sistemáticas doctrinales hacen otras tantas versiones diferentes. Es preciso subrayar que Savigny es, quizá, el primer autor que habló de sistema refiriéndose al Derecho mismo, y no sólo a las diversas sistematizaciones extrínsecas, si bien es sólo después, a través de una labor de sistematización realizada por el estudioso, cuando puede apprehenderse el sistema⁵. También es necesario advertir que en Savigny el sistema pone en conexión no tanto las normas como los institutos jurídicos, surgidos del comportamiento social mismo⁶; si bien los civilistas posteriores y, más aún, la *Allgemeine Rechtslehre*, reconfiguraron el sistema como formado exclusivamente por normas.

El *tercer* sentido en el que se habla de «sistema jurídico» es en el de la teoría institucionalista, y en particular en la de Santi Romano. Aquí «sistema» indica un *ordenamiento jurídico*, es decir, una organización institucional que se sirve de normas, pero que no se reduce a ellas⁷. En polémica con los civilistas y con los teóricos generales precedentes, pero recuperando argumentos savignyanos, Romano insiste en que el Derecho no es «un conjunto o complejo de normas» o «una suma aritmética de normas», ni siquiera «una suma de varias partes», sino más bien «una unidad en sí misma [...], alguna cosa distinta de cada uno de los elementos materiales que lo componen»⁸. Es precisamente para esta entidad holística para la cual Romano introduce la expresión «ordenamiento jurídico», todavía hoy traducible a otras lenguas casi exclusivamente recurriendo al alemán «Rechtsordnung».

⁵ En este sentido, no es cierto, como frecuentemente se dice, que «el derecho ha sido siempre concebido como dotado de algún tipo de orden sistemático» (NS, p. 3). Sobre la distinción entre sistema externo e interno, cfr. al menos M. G. Losano, *Sistema struttura nel diritto*, Giappichelli, Torino, 1968, especialmente pp. 115-116; acerca del papel de Savigny en el «descubrimiento» del sistema interno -papel infravalorado por Losano- cfr. P. Cappellini, *Systema Juris*, Giuffrè, Milano, vol. I, 1985, p. 11 y F. Viola, *Autorità e ordine nel diritto*, Giappichelli, Torino, 1987, p. 259.

⁶ Cfr. F. C. Savigny, *Systems des heutigen römischen Rechts* (1840-1849), trad. it. *Sistema del diritto romano attuale*, UTET, Torino, 1886, vol. I p. 38: «la regla de derecho [...] tiene su fundamento más profundo en la intuición del *instituto jurídico*; y la naturaleza orgánica de éste se manifiesta también ella, tanto en la viva correlación de sus partes constitutivas, como en su progresivo desarrollo».

⁷ Cabe añadir, como hace notar Riccardo Guastini, que del ordenamiento jurídico se habla como de un sistema hoy, mientras que para Romano «ordenamiento (institucional)» indicaba algo irreductible a «sistema (normativo)»: cfr., desde el título mismo, L. M. Bentivoglio, *Ordinamento giuridico o sistema di diritto?*, en la «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1976, pp. 876-905.

⁸ Cfr. S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1971), Sansoni, Firenze, 1977, pp. 11 - 12.

El *cuarto* sentido en el que se habla de «sistema jurídico» es el de la teoría general del Derecho de Kelsen. Aquí «sistema» indica un *ordenamiento dinámico*, caracterizado por «el hecho de autorregular su propia producción y aplicación» a través de una serie de delegaciones del poder de producir normas⁹. Es precisamente este elemento el que distingue el sistema Kelseniano del de los civilistas y del de los teóricos generales del siglo XIX, con los cuales, por lo demás, comparte el carácter *intrínseco* y el *normativo*. En polémica con la sociología del Derecho, Kelsen insiste sobre todo en el carácter normativo del sistema; carácter que terminará por conservarse también en las teorías analíticas postkelsenianas, las cuales -al menos desde este punto de vista- se limitan a reconfigurar las normas como mensajes lingüísticos prescriptivos.

El *quinto* sentido en el que se ha hablado de «sistema jurídico» es el de la sociología del Derecho, en el cual «sistema» indica un *(sub)sistema social*. En el último epígrafe volveremos sobre esta particular acepción de «sistema»; aquí sólo se puede adelantar que esta acepción normalmente se distingue de la de los juristas y teóricos generales por el carácter *fáctico* -ni normativo ni lingüístico- atribuido al sistema jurídico. No es éste, sin embargo, el caso de todas las teorías sociológicas del sistema, como se verá: la de Niklas Luhmann, por ejemplo, parece configurar al Derecho como un sistema de comunicaciones, en esto no demasiado diferente de un sistema normativo, distinguiéndose, por lo tanto, de las teorías de los teóricos generales sobre todo, como podremos ver, por un uso más amplio del término «Derecho».

Ciertamente, este rápido repaso no ha sido exhaustivo: en el caso de Alchourrón y Bulygin, por ejemplo, veremos cómo «sistema jurídico» es usado en un sentido todavía ulterior a los aquí enumerados, aunque similar a algunos de ellos. Incluso de esta breve enumeración aparece claro, con todo, no sólo que se habla de «sistema jurídico» desde no hace más de tres siglos, y casi exclusivamente en la cultura jurídica europeo-continental, sino también que una verdadera y propia teoría del sistema jurídico es aún más reciente. De hecho, a pesar de los antecedentes savignyanos y de sus reelaboraciones teórico- generales, es, quizás, sólo a partir de los teóricos institucionalistas cuando se estudia el sistema jurídico en cuanto tal; todavía en 1960, como veremos en breve, Bobbio podía aún negar la existencia de un tratamiento específico del tema.

Ya estas circunstancias sugieren, tal vez, la *primera* limitación a la aceptación común de que el Derecho es un sistema: es decir que, lejos de ser un

⁹ Así H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. 87.

carácter del Derecho mismo, la sistematicidad parece ser solamente un *modelo* del Derecho. También el término «modelo», como es sabido, tiene muchos significados, a veces conectados con los de «sistema»; aquí, no obstante, se empleará «modelo» en el sentido de *modelo teórico*, como representación de un objeto *simplificada, funcional para ciertos fines* y por con siguiente (no exclusiva, sino) alternativa respecto de otras¹⁰. La teoría, o mejor, las diversas teorías del sistema jurídico, representan al «Derecho» de un modo simplificado, para ciertos fines y, sobre todo, no de forma exclusiva: el Derecho, después de todo, puede también *no* ser representado como sistema.

Que «sistema jurídico» designa un simple modelo resulta bastante obvio, con tal de que reflexionemos en que «Derecho» -por usar una distinción tomada de la teoría general de los sistemas- no designa un sistema *real*, como un organismo biológico, sino un sistema *conceptual*: un conjunto de objetos y de relaciones delimitado sólo conceptualmente respecto al ambiente¹¹. Como ha escrito Giovanni Tarello, «No es el Derecho en sí el que es un sistema, sino que es el Derecho *en cuanto observado* como conjunto de normas relacionadas [...] lo que aparece como un sistema»¹². En efecto, es frecuentemente reconocido por los teóricos del Derecho que el sistema es una representación simplificada del Derecho: sin embargo, no siempre están de acuerdo acerca de los fines que cumple tal representación y sobre su no exclusividad respecto de otras.

Podría plantearse la hipótesis de que sobreponer al Derecho el modelo del sistema -como ha sostenido el mismo Tarello, refiriéndose específicamente a las teorías de Kelsen, Romano y Bobbio- no sirve sólo para delimitarlo respecto del ambiente, sino también para atribuirle caracteres como la unidad, la coherencia y la plenitud: finalidad a su vez no meramente descriptiva,

¹⁰ Cfr. M. Black, *Models and Metaphory. Studies in Language and Philosophy* (1962), trad. it. parcial *Modelli archètipi metaphore*, Pratiche, Parma, 1983, especialmente pp. 68 ss.; M. Hesse, *Models and Analogies in Science* (1966), trad. it. *Modelli e analogie nella scienza*, Feltrinelli, Milano, 1980, pp. 48 y 146 ss; P. Achinstein, *Theoretical Models*, en «The British Journal for the Philosophy of Science», 1965-1966, especialmente pp. 104-105, así como -con especial referencia a las ciencias sociales- L. Collins (ed.), *The Use of Models in the Social Sciences*, Tavistock, London, 1976.

¹¹ Cfr. Lyon Bertalanfy, *General Systems Theory* (1968). trad. it. *Teoria generale dei sistemi*, Istituto Librario Internazionale, Milano, 1971, especialmente pp. 15-6 (donde, con todo, se reconoce que la distinción es mucho menos clara de lo que podría parecer).

¹² En este sentido, G. Tarello, «Sistema giuridico», «ordinamiento giuridico», en S. Castignone, R. Guastini, G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, E.C.I.G., Genova, 1984, p. 79; cfr. también F. Viola, *Autorità e ordine nel dirino*, cit., p. 119: «el sistema es siempre el producto de una abstracción y como tal no está nunca en las cosas sino en el pensamiento».

sino también, *lato sensu*, prescriptiva¹³. También se puede sostener, pues, que no sólo versiones particulares de la teoría del sistema, sino también la teoría del sistema en cuanto tal, puede ser considerada un modelo prescriptivo del Derecho. Ricardo Caracciolo, por ejemplo, ha observado que el modelo del sistema tiende a ser mantenido también cuando resulta falsificado en la confrontación con el original: lo cual constituye un buen indicio de su carácter prescriptivo¹⁴.

Más aún: usando una de las posibles distinciones entre modelos descriptivos y modelos prescriptivos¹⁵, se podría sostener que el carácter prescriptivo del modelo se demuestra a partir de la misma difundida opinión de que constituye una representación *exclusiva* del Derecho: es decir, de la pretensión de que no se puede conocer el Derecho sino como sistema. Por poner un solo ejemplo, se trata de la pretensión implícita en la teoría kelseniana de la norma fundamental: según Kelsen, como es sabido, sólo se podría conocer el Derecho -o mejor conocerlo *jurídicamente*- postulando la *Grundnorm* y todo el modelo que se deriva de ella. Tomando la definición del «modelo» recogida más arriba, la teoría kelseniana niega que el sistema sea un modelo: en efecto, por definición, un modelo no puede ser exclusivo.

La *segunda* limitación a la aceptación común de que el Derecho es un sistema está ligada a la anterior: si para la primera el sistema es genéricamente un modelo, para la segunda, más específicamente, se trata de un modelo elaborado (no sobre el Derecho en sí, sino) sobre las representaciones aportadas por la ciencia jurídica. En otros términos, entre el modelo de los teóricos generales y el Derecho objetivo hay una representación intermedia, la de la sistemática jurídica; ésta última, al menos por el carácter de alter natiuidad atribuida por el mismo Savigny¹⁶, podría a su vez ser caracterizada

¹³ Cfr. G. Tarello, *Prospetto per la voce «ordinamento giuridico» di un'enciclopedia* (1975), ahora con el título «*Ordinamento giuridico*», en Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 173-204.

¹⁴ Cfr. R. A. Caracciolo, *Sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, especialmente pp. 20-22 -donde se reconoce en términos inequívocos el carácter de modelo del sistema- y p. 24: «una manera de saber si un pretendido modelo teórico [...] cumple, en definitiva, funciones normativas, consiste en constatar que el modelo se mantiene a pesar de una sistemática agregación de pruebas en contra».

¹⁵ Cfr. p. e. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 365: «mientras que dos modelos descriptivos de un mismo fenómeno, distintos entre sí, pueden ser ambos usados [...] y, más aún, el empleo sucesivo de más modelos aumenta el conocimiento del fenómeno real, en cambio, cuando un modelo se asume como preceptivo, dicho modelo se vuelve incompatible con otros (distintos) modelos del mismo fenómeno, que sean a su vez asumidos como preceptivos».

¹⁶ Cfr. de nuevo F. C. von Savigny, *System*, cit., vol. I, pp. 21-22: «El orden exterior de un trabajo sistemático está naturalmente determinado por aquella íntima conexión [el sistema] que en tal debe reflejarse [...] Aquí es necesaria una cierta tolerancia: incluso conviene dejar una cierta libertad a la inclinación subjetiva de la mente del escritor, que quizás le empuja a preferir

como modelo; de modo que el modelo teórico-general se revelaría como un metamodelo. Entre el modelo teórico-general -el sistema- y el de la dogmática -la sistemática- se dan relaciones muy estrechas.

Entre los dos modelos se dan en primer lugar relaciones genéticas. El modelo teórico-general (el sistema) nace, evidentemente, del dogmático (la sistemática): ello lo sugieren tanto la observación de que Savigny, el inventor mismo del concepto de sistema intrínseco, usa el mismo término («*System*») para ambos, como la constatación de que la caracterización del Derecho como sistema es típica de la cultura jurídica continental que es precisamente donde se ha desarrollado una dogmática jurídica. Ciertamente es que la caracterización del Derecho como sistema ha sido posteriormente afirmada también en la cultura del *common law*, donde la dogmática jurídica siempre ha tenido funciones cualitativamente diferentes y cuantitativamente menores; pero se ha afirmado importando el término «sistema» de la teoría continental o, más frecuentemente, de las ciencias sociales.

Pero, sobre todo, el modelo teórico-general toma prestado del modelo dogmático algunos de sus rasgos característicos. Como se ha señalado, las concepciones del sistema de los sociólogos normalmente son fácticas, mientras que las de los teóricos generales -igual que las de los juristas en general- son normativas. Desde este punto de vista, el sociólogo del Derecho Luhmann, que sostiene una concepción no fáctica de sistema, y el teórico general Romano, que sostiene una concepción no normativista, constituyen dos excepciones. La misma teoría kelseniana, además de tomar prestado de la dogmática jurídica el carácter normativo del sistema, muestra el nexo entre éste último y la sistemática de los juristas cuando asume que es el propio jurista -y no otros operadores jurídicos- quien debe postular la *Grundnorm*, y con ella el resto del sistema.

La tercera limitación a la común aceptación de que el Derecho es un sistema se refiere a un rasgo típico del modelo teórico-general, aunque no necesariamente está presente en él: el hecho de que éste tienda a configurar al Derecho (no como sistema en sentido estricto, sino) como un mero conjunto de normas. Como veremos mejor más adelante, «conjunto» y «sistema» no siempre son usados en sentido estricto, empleando el segundo con el significado de conjunto *ordenado* (organizado, estructurado); al contrario, más frecuentemente, “sistema” es usado también cuando, en rigor, debería hablarse simplemente de conjunto (no ordenado, organizado o estructurado). Cuando esto sucede, hablar de sistema jurídico equivale, en realidad, a atribuir

un determinado modo de tratamiento, que él es capaz de hacer más fecundo en comparación con los otros”. La alternatividad de las sistemáticas está todavía más explícita en Puchta.

al Derecho características no diferentes de las que se predicán de un simple conjunto¹⁷.

Se trata, ciertamente, de la limitación de la que, por diversas razones, los teóricos del Derecho contemporáneos parecen ser menos conscientes, en caso de que sea cierto, como veremos más adelante (cfr. epígrafe 4), que ellos emplean «sistema» en un sentido amplio o amplísimo; y no es poco el mérito de Bulygin, como podremos ver en ese lugar, cuando recoge esta ambigüedad en la propia teoría, permitiendo la crítica. Se trata también, aparentemente, de la limitación menos importante; después de todo, también en un conjunto puramente casual de elementos puede detectarse algún orden (un orden casual, precisamente): la distinción entre sistema y conjunto parecería, por lo tanto, desaparecer, autorizándonos a usar «conjunto de normas» o «sistema» indistintamente.

En realidad, donde se use «sistema» en el sentido de simple conjunto -por ejemplo, en el sentido de una mera pluralidad de normas- se obtiene un modelo de Derecho difícilmente falsable (¿qué Derecho no puede ser representado como una pluralidad de normas?)¹⁸, pero, por eso mismo, con poco o ningún valor explicativo: como ha sostenido sobre todo Karl Popper, en efecto, las hipótesis teóricas mejores, o sea, las cognoscitivamente más fecundas, son precisamente las más exigentes y por eso mismo también más susceptibles de falsación. Ciertamente, configurar el Derecho como sistema usando «sistema» en el sentido de simple conjunto, ayuda a alimentar la extendida opinión de que el Derecho es sistemático, pero añade poco o nada a nuestro conocimiento del fenómeno.

Frente a la alternativa entre un modelo de Derecho como sistema en sentido estricto, que corre el riesgo de resultar inmediatamente implausible, y un modelo de Derecho como simple conjunto de normas, ciertamente más plausible, pero mucho menos informativo, los teóricos del Derecho escogen normalmente una solución intermedia. Por ejemplo, toda la evolución de la *Reine Rechtslehre* kelseniana, desde la adopción de la nomodinámica en los años veinte hasta el giro antilogicista de los años sesenta, podría ser vista como un proceso de progresivo debilitamiento de los requisitos del sistema:

¹⁷ Cfr. de nuevo R. A. Caracciolo, *Sistema jurídico*, cit., p. 12, donde se distingue entre la «afirmación débil» de que el Derecho es «un conjunto de normas» y el «presupuesto fuerte» de que el Derecho es un sistema: o que «es preciso definir una relación o relaciones entre los miembros del conjunto, esto es, definir una cierta estructura».

¹⁸ Cristina Redondo, en el curso del debate, ha planteado la duda de que en rigor sólo las teorías, y no también los modelos, sean susceptibles de falsación. En la teoría del Derecho, en efecto, es difícil configurar teorías en el sentido estricto de leyes, científicas, y como tales falsables; se puede por lo demás sostener que, en ámbitos disciplinarios como éste, los modelos teóricos hacen la función de teorías, y que puede por lo tanto hablarse de falsación -como, por otra parte, hace Caracciolo en el pasaje citado en la nota anterior (14)- en el sentido más amplio de pérdida de plausibilidad o de verosimilitud del modelo respecto al original.

partiendo de un sistema estático, unitario y coherente, Kelsen llega a un sistema dinámico en el cual el requisito de la unidad sólo se salva a costa del de la coherencia¹⁹.

3. La teoría de Alchourrón y Bulygin

Todavía en 1960, presentando su *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Norberto Bobbio podía escribir que «el estudio en profundidad del ordenamiento jurídico es relativamente reciente [...] Mientras que existen muchos estudios particulares sobre la naturaleza de la norma jurídica, no existe hasta hoy, si no estamos equivocados, ni un solo tratamiento completo y orgánico acerca de todos los problemas que conlleva la existencia de un ordenamiento jurídico»²⁰. Que luego, en los mismos años saliera a la luz la segunda *Reine Rechtslehre* (1960) de Kelsen y *The Concept of Law* (1961) de Herbert Hart, y algunos años después *The Concept of a Legal System* (1970) de Joseph Raz, confirma que, precisamente en este período -marcado por las contribuciones hechas a la teoría del Derecho por la filosofía analítica-, se formó la actual *received view* sistemática.

Los trabajos citados parten, en lo fundamental, de la teoría de Kelsen: por poner un solo ejemplo, los tres tipos de norma secundaria teorizados por Hart responden cada uno a un específico problema Kelseniano²¹. Más en general, la teoría del sistema jurídico de los años sesenta todavía parece, en muchos aspectos, una extensión de las precedentes teorías de la norma, orientada básicamente a la solución del viejo problema de la definición de Derecho. Como es sabido, el paso de la teoría de la norma a la del sistema jurídico se ha visto favorecido precisamente por esta circunstancia: los problemas planteados por la definición de Derecho como norma con sanción podían ser resueltos redefiniendo el Derecho en términos de sistema que prevé sanciones, y considerando jurídicas las normas que pertenecen a tal sistema²².

¹⁹ La mejor reconstrucción de esta evolución quizás se encuentra en E. Bulygin, *Validez y positivismo* (1987), ahora en C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Una trad. italiana de este trabajo, con el título *Validità e positivismo. Un'antinomia nella dottrina pura del diritto*, se encuentra en E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 189-211.

²⁰ N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960), ahora en Id. *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 160.

²¹ Cfr. M. Barberis, *Introduzione allo studio della filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 161 ss.

²² Observa R. Guastini, voz *Ordinamento giuridico*, en *Digesto IV*, vol. X Pubblico, p. 21, nota 73 de la separata, que tal solución, frecuentemente atribuida a Hart, se encontraba ya en Bobbio; cfr. sin embargo ya S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 23. Alchourrón y Bulygin, de todas formas, se adhieren a esta definición del Derecho en la versión castellana de NS: cfr. su *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, pp. 106.

Precisamente, la publicación de NS constituyó el punto de inflexión, y en cierta manera también el salto cualitativo, del debate acerca del sistema jurídico. Si se trata de un salto cualitativo por el refinamiento de los instrumentos lógicos empleados, es un punto de inflexión porque orienta las reflexiones acerca del sistema jurídico hacia una dirección distinta de la señalada por Kelsen. Mientras que este último, en los escritos acerca del Derecho y la lógica, abandonaba el ya tradicional modelo estático-deductivo de sistema, Alchourrón y Bulygin han tratado de recuperarlo y de emplear lo en el análisis de la actividad de sistematización concreta desarrollada por los juristas, indicándole así a la teoría del Derecho posterior el camino del análisis del razonamiento jurídico.

Hablar de forma satisfactoria sobre esta obra, al tiempo simple y compleja, requeriría otro libro, y una competencia en lógica que no posee quien aquí escribe. Por lo tanto, a continuación, se insistirá sobre todo en la redefinición de «sistema» avanzada en 1971, teniendo en cuenta las precisiones y las adiciones introducidas en trabajos posteriores, hayan sido éstos firmados por ambos autores, como *Sobre el concepto de orden jurídico* (1976), o hayan sido firmados sólo por Bulygin, como *Legal Dogmatics and the Systematization of Law* (1983) y *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos* (1991). En cambio, sólo se podrá hacer una breve alusión a la recepción, por parte de la teoría, de las contribuciones de otros autores, contribuciones que han terminado por configurarla como una suerte de empresa colectiva.

Desde el primer párrafo, NS delinea la operación a realizar en términos de la «construction of a model which is intended to reproduce -in a slightly simplified and hence more abstract form [-] a real problem taken from Civil Law» [construcción de un modelo destinado a reproducir -aunque en forma algo simplificada, es decir más abstracta- un problema “real” tomado del Derecho Civil» (N. del T.)] (NS, p. 8)²³. Es decir, Alchourrón y Bulygin no sólo caracterizan explícitamente su teoría en términos de modelo, si no que aclaran que el modelo no busca representar al Derecho en cuanto tal -cualquier cosa que sea lo que signifique «Derecho»- sino sólo dar cuenta de un particular problema que se le presenta a un particular operador jurídico, característico de la cultura continental: el jurista dogmático, o científico del Derecho. Pronto veremos cómo dicho problema es el de la sistematización del Derecho.

²³ Como ha observado José Juan Moreso en el curso del debate, en este pasaje «Civil Law» designa al Derecho civil y no ciertamente al sistema o familia de *civil law* (como podría hacer pensar la mayúscula). E. Bulygin, *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, en «Doxa», 1991, p. 257, observa que NS intenta construir «un modelo analítico de sistema, como instrumento conceptual operativo para dar cuenta de algunos aspectos de la ciencia jurídica».

Sea como fuere, a juzgar ya por estas observaciones, Alchourrón y Bulygin parecerían adoptar las dos primeras de las tres limitaciones a la asunción de la sistematicidad del Derecho antes indicadas. Así, parecen hacer suya la *primera*, relativa al carácter de modelo del sistema; en concreto, ellos afirman querer «sketch a simplified *model* of a legal system in order to show how the concept of normative completeness [...] actually operates in legal science» [«esbozar un modelo simplificado de un sistema jurídico, a fin de mostrar el funcionamiento del concepto completitud normativa en la ciencia del Derecho [...]» (N. del T.)] (NS, pp. 3-4). El modelo está explícitamente asimilado (*ibidem*) a una reconstrucción racional en el sentido de Rudolph Carnap²⁴; si bien las referencias a Alfred Tarski, inventor de la teoría matemática de los modelos, podrían hacer pensar en la acepción lógico-matemática de «modelo» como interpretación de una teoría.

Pero Alchourrón y Bulygin parecen hacer propia también la *segunda* limitación a la asunción de la sistematicidad del Derecho: la relativa al carácter específicamente *dogmático* del modelo sistemático. En honor a la verdad, hay que decir que faltan declaraciones explícitas en tal sentido; pero ya parece bastante significativo el hecho de que en NS la cuestión del sistema sea abordada, casi exclusivamente, desde el punto de vista de la sistematización llevada a cabo por los juristas. A menudo la reconstrucción racional o modelización realizada por Alchourrón y Bulygin se resuelve precisamente en esto: el uso riguroso de términos como «sistema», «sistematización», «ordenamiento», y similares, redefinido por Alchourrón y Bulygin, se confronta con el uso no riguroso hecho por los juristas; esto es, el primero sirve de modelo al segundo.

Desde este punto de vista, tampoco es una casualidad que Alchourrón y Bulygin recurran a la noción de sistema deductivo elaborada por Tarski: de hecho, esta última se dirige precisamente a dilucidar los problemas de sistematización de las ciencias modernas²⁵. Tarski, como es sabido, define «sistema deductivo» como todo conjunto de enunciados que contiene todas las consecuencias de éstos; Alchourrón y Bulygin, siguiendo sus pasos, definen primero «conjunto normativo» como todo conjunto de enunciados tal que entre las consecuencias de éstos haya por lo menos algunas normas (o sea, enunciados que conectan casos con soluciones); a continuación, definen

²⁴ Cfr. R. Carnap, *Logical Foundations of Probability*, (1950), Routledge & Kegan Paul, London-New York, 1962, pp. 576-577.

²⁵ Cfr. A. Tarski, *Fundamentale Begriffe der Methodologie der deduktiven Wissenschaften* (1930), trad. inglesa *Fundamental Concepts of the Methodology of Deductive Sciences*, en Id., *Logics, Semantics, Metamathematics. Papers from 1923 to 1928*, Clarendon, Oxford, 1956, pp. 69-70: «Every set of sentences which contains all its consequences is called a *deductive system*» [«Llamamos *sistema deductivo* a todo conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias» (N. del T.)].

«sistema normativo» como todo conjunto normativo que contenga todas las consecuencias de los enunciados que lo componen²⁶.

Basándose en esta estipulación, por «sistema jurídico» se entiende cualquier conjunto de enunciados jurídicos -más el conjunto de sus consecuencias lógicas- que sea de hecho preseleccionado por el jurista a fin de proceder a la sistematización: podría tratarse tanto de unos pocos enunciados relativos a un instituto como de un completo (sector del Derecho), pero en ambos casos tendremos un sistema. Tal sistema, además, será identificado tan solo por los enunciados llamados a formar parte de él: su *identidad* cambiará -viniendo a configurarlo como otro sistema- al cambiar aunque sea uno solo de estos enunciados. Conviene detenerse un momento sobre este punto, lo que enseguida permitirá poner de manifiesto en qué sentido ésta puede aparecer como una definición de «sistema» muy débil, cuando no una definición de «sistema» como mero conjunto de normas.

Alchourrón y Bulygin han insistido con frecuencia en que cuando el sistema jurídico es concebido como un conjunto de normas, su identidad depende de las normas que lo componen: «cada vez que se crea una nueva norma o se deroga una norma perteneciente al orden obtenemos un nuevo conjunto, distinto del conjunto originario. *La identidad del conjunto está dada, precisamente, por la identidad de sus elementos*»²⁷. Veremos más adelante qué problemas suscita esta definición de «sistema», en caso de que ésta se emplee no para la «sistemática» de los juristas de Derecho positivo, sino para el «sistema» de los teóricos generales; aun cuando nunca hay que olvidar que el modelo de sistema elaborado en NS es presentado casi exclusivamente como funcional para el análisis de la sistemática.

Que se trata de modelo de sistema totalmente orientado a dar cuenta de la sistemática doctrinal, más que del sistema teórico-general, también resulta claro a la luz de la reducción de este último a un caso particular, o caso-límite, de sistemática doctrinal²⁸: los juristas, afirman Alchourrón y

²⁶ Cfr. NS, p. 54: «According to Tarski a deductive system is a set of sentences which contains all its consequences»; y, más adelante, «A normative set is a set of sentences such that among its consequences there are some sentences which correlate cases with solutions. Every normative set which contains all its consequences will accordingly be called a *normative system*».

²⁷ En este sentido C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Sobre el concepto de orden jurídico* (1976), ahora en Id., *Análisis lógico y derecho*, cit., p. 396 (cursivas añadidas), El pasaje está formulado en términos de «orden», término que por lo demás parece todavía usado como sinónimo de «sistema».

²⁸ Cfr. NS, p. 4: «in order to give an account of the activity of lawyers and jurists a more general concept of normative system is required; the notion of a legal order is merely a special case of this» [«para dar cuenta de la actividad de los abogados y de los juristas se requiere un concepto más general de sistema normativo; la noción de orden jurídico es tan solo un caso especial de aquél» (N. del T.)]. De caso límite habla también E. Bulygin, *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicas*, cit., p. 233.

Bulygin, sistematizan siempre partes más o menos limitadas del material normativo, siendo la sistematización de un Derecho objetivo en su totalidad «a Cyclopean task» [«una tarea ciclópea»] (NS, p. 75). Queda claro, por tanto, que el problema teórico general del sistema es tendencialmente reducido por Alchourrón y Bulygin -al menos en NS- al problema dogmático de la sistemática y/o de la sistematización: en esto consiste, por lo demás, la mayor novedad de su enfoque.

Como se ha dicho, será por el camino abierto por NS por el que se introducirá, en los años setenta, el análisis del razonamiento jurídico, realizando una análoga conversión de la precedente teoría del sistema -entendida como reflexión sobre un *objeto* abstracto llamado «sistema jurídico»- en el análisis de la concreta *actividad* de sistematización realizada por los juristas. Dado que, por otro lado, Alchourrón y Bulygin han vuelto posteriormente a ocuparse también del problema teórico-general del sistema, y ya que es de todos modos oportuno no confundir las dos cuestiones, se dará cuenta por separado de las soluciones dadas a ambas; y ya que el tema de la sistemática parece abordado sobre todo en NS, y el del sistema sobre todo en trabajos posteriores, los consideraré en ese mismo orden.

A) En cuanto al problema de la sistemática, NS no se ocupa de todas las actividades desarrolladas por la dogmática jurídica bajo esta rúbrica, sino sólo de las que en el libro son expresamente calificadas como sistematización. Como Bulygin ha aclarado después, de hecho, la dogmática jurídica desarrolla al menos tres actividades indistinguibles en la práctica aun cuando han de ser distinguidas en teoría: la *identificación o interpretación* de los enunciados jurídicos, la *sistematización* de las normas obtenidas de la mencionada interpretación y, por último, una serie de diferentes actividades que, a diferencia de la sistematización, comportarían la *modificación* o transformación del sistema así obtenido²⁹. Es importante tener en mente esta tripartición para evitar muchas de las incomprensiones en las cuales han incurrido los críticos de NS.

La actividad de sistematización -en cuanto se entienda como actividad distinta de la interpretación y de la transformación del Derecho- comporta dos (sub)actividades principales: *la solución de los casos genéricos*, obtenida deduciendo las consecuencias de los enunciados interpretados y, sobre todo, *la reformulación* del sistema. Esta segunda actividad se caracteriza, antes que nada, por la elección de la *base axiomática*, o sea, del conjunto de los enunciados llamados a constituir el sistema, prescindiendo de sus consecuencias lógicas. Los juristas, obviamente, también pueden construir sistemas

²⁹ En este sentido, E. Bulygin, *Legal Dogmatics and the Systematization of Law* (1986), trad. castellana *Dogmática jurídica y sistematización del Derecho*, en C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, cit., especialmente pp. 465-466.

completamente distintos, a partir de diferentes conjuntos de enunciados; hay reformulación, en cambio, sólo cuando reconstruyen de forma diferente un mismo conjunto de enunciados (o mejor, conjuntos normativamente equivalentes).

En efecto, cuando los juristas tratan de sistematizar un mismo conjunto de enunciados jurídicos, sucede normalmente que suministran diversas formulaciones, haciendo surgir diversos enunciados (entre los que en todo caso son componentes del sistema) como la base axiomática del mismo. La reformulación del sistema viene caracterizada precisamente como «the replacement of the [old] basis by a new one, that is less extensive, more general and normatively equivalent» [«la sustitución de la [vieja] base del sistema por otra base nueva -más reducida y general-, pero normativamente equivalente a la base primera» (N. del T.)] (NS, p. 79). Toda nueva reformulación del sistema se presenta tanto mejor que la anterior -en base a un principio de economía originariamente formulado por Rudolph von Jhering- cuanto regule más casos usando menos normas (manteniéndose constantes las consecuencias normativas de las anteriores formulaciones).

Alchourrón y Bulygin subrayan que, precisamente, el aspecto más creativo del trabajo del jurista consistiría en la actividad de reconstruir el sistema de forma diferente a partir del mismo conjunto de enunciados, reconduciéndolo a bases axiomáticas cada vez más generales y restringidas. Se trata de un aspecto creativo, entiéndase bien, sólo en el sentido genérico de no mecánico, y no en el específicamente jurídico de productivo de normas (cfr. NS, pp. 84-85). En efecto, si consideramos sólo lo que dicen de la sistematización -que por lo demás es el único argumento por ellos tratado *ex professo*-, Alchourrón y Bulygin parecen prohibir al jurista no sólo producir normas, competencia reservada al legislador, sino también eliminar lagunas y antinomias (o al menos eliminarlas en tanto en cuanto quieran seguir atribuyéndose el título de científicos)³⁰.

De hecho, sucede a menudo que afirmaciones de este género, vertidas en NS solamente a propósito de la sistematización, han sido interpretadas como tesis relativas a la ciencia jurídica en general, obligando a Alchourrón y Bulygin a algunas importantes precisiones. En particular, respondiendo a

³⁰ Cfr. NS, P. 80 («The modification of law [...] is outside the province of legal theorists, since it is properly the concern of legislators» [«La modificación del Derecho está fuera del ámbito de actividades de los teóricos del Derecho, es tarea propia del legislador» (N. del T.)]) y p. 79: «If we believe (as most dogmatic jurists do) that a scientist must not modify a system imposed by a legislator, we must hold that he cannot eliminate gaps and inconsistencies» [«Si creemos (como cree la mayoría de juristas dogmáticos) que un científico no debe modificar un sistema impuesto por un legislador, debemos sostener que tal científico no puede eliminar lagunas ni inconsistencias» (N. del T.)].

las críticas de Aulis Aarnio e Ilkka Niiniluoto³¹, Bulygin ha admitido sin más que la dogmática jurídica, de hecho, modifica el Derecho vigente, por ejemplo llenando lagunas y resolviendo antinomias. Por otro lado, estas últimas funciones -si bien que *en la realidad* conectadas con la de sistematización- deberían ser consideradas como rigurosamente distintas en el modelo, limitando el uso de «sistematización» solamente a las actividades no productoras de Derecho así calificadas en NS, y en particular a la reformulación³².

B) En cuanto al problema del sistema en sentido tradicional, Alchourrón y Bulygin parecen haber vuelto a ocuparse de él sobre todo, como se ha dicho, en trabajos posteriores a NS. A este respecto, como es sabido, la mayor innovación introducida por ellos ha sido la integración de su anterior teoría del sistema jurídico -reconocida como meramente estática, en el sentido kelseniano³³ en una teoría dinámica del ordenamiento jurídico. En efecto, desde el ensayo *Sobre el concepto de orden jurídico*, de 1976, Alchourrón y Bulygin, han distinguido entre «sistema jurídico» y «ordenamiento jurídico» del modo siguiente: «utilizaremos el término “sistema” para referirnos a conjuntos de normas, y “orden” en el sentido de secuencia de conjuntos de normas»³⁴.

Los dos teóricos adoptan esta distinción -que precisa la que hace Raz entre sistemas momentáneos y sistemas *tout court*³⁵- con el fin de remediar

³¹ Cfr. I. Niiniluoto, *On truth and Argumentation in Legal Dogmatics*, in «Rechtstheorie», B. 2, 1991; Id., *On the Truth of Norm-Propositions*, in «Rechtstheorie», B. 3, 1981; A. Aarnio, *On Changes in the Systematics of Law*, in «Rechtstheorie», B. 10, 1986, especialmente p. 164: en NS «the only task left to the legal dogmatics (as a scientific approach) is to find out what is hidden in the legal system» [«la única tarea dejada en manos de los dogmáticos del Derecho (en tanto que análisis científico) es la de encontrar lo que se encuentra oculto en los sistemas jurídicos» (N. del T.)].

³² En este sentido E. Bulygin, *Legal Dogmatics and the Sistematization of Law*, trad. castellana cit., p. 477: «Pero es importante tener presente que tales modificaciones son *cambios*, es decir, sustituciones de un sistema por otro nuevo, y como tales deben ser distinguidos tajantemente de la operación que hemos llamado sistematización, que no tiene por objeto transformar un sistema en otro». Cfr. también C. E. Alchourrón, *Systematization and Change in the Science of Law*, in «Rechtstheorie», B. 10, 1986, pp. 171-184.

³³ E. Bulygin, *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, cit., p. 258: «en este sentido, el concepto de sistema elaborado en *Normative Systems* es *estático*» (cursiva del autor).

³⁴ C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Sobre el concepto de orden jurídico*, cit., p. 397.

³⁵ Cfr. J. Raz, *The Concept of a Legal System* (1970), trad. it. *Il concetto di sistema giuridico*, Il Mulino, Bologna, 1977, pp. 72-73, y NS, p. 89: «French law is not a momentary order, i. e. one that bilingües to a given temporal moment, in contradistinction to our concept of legal order which is momentary in the sense that it is a legal system containing all legal sentences that are valid at a certain moment» [«El Derecho francés no es un ordenamiento momentáneo, esto es, referido a un momento temporal dado, por contraposición con nuestro concepto de ordenamiento jurídico, que es momentáneo en el sentido de que es un sistema jurídico que contiene todos los enunciados jurídicos que son válidos en un determinado momento» (N. del T.)].

el principal defecto presentado por su definición originaria de «sistema»; defecto que presenta, entiéndase bien, una vez que se aplica (no al problema dogmático de la sistemática, sino) al problema teórico-general del sistema. En efecto, según la definición antes considerada de «sistema» como conjunto de normas, el sistema *cambia* su identidad cada vez que el legislador introduce o deroga aunque sea una sola norma; por lo tanto, para dar cuenta de la *continuidad* en el tiempo de un Derecho objetivo es preciso utilizar un concepto distinto, que Alchourrón y Bulygin especifican mediante la noción de ordenamiento jurídico (*orden jurídico*).

«Ordenamiento jurídico» viene pues redefinido como el conjunto (la familia, o mejor, la secuencia) de varios sistemas jurídicos que se suceden en el tiempo: varios sistemas formarían un mismo ordenamiento, identificado por un primer sistema llamado, kelsenianamente, la primera constitución del ordenamiento; varios ordenamientos, originados por cambios revolucionarios de la primera constitución, parecerían formar un mismo Derecho objetivo³⁶. De este modo, no sólo se da cuenta de la continuidad de un Derecho positivo (los sistemas cambian, el ordenamiento y, tal vez también, el Derecho positivo permanecen), sino que además se recuperan varios elementos de la anterior teoría del sistema y/o del ordenamiento jurídico.

No es éste el lugar para entrar en detalle en todas las aportaciones enriquecedoras que la teoría de Alchourrón y Bulygin ha recibido en el debate posterior. Para nuestros fines, bastará añadir que el sistema jurídico continúa siendo definido como un conjunto de normas, que pueden pertenecer a él por tres razones distintas: bien porque constituyen la base axiomática del sistema (en cuyo caso se hablará de normas independientes); bien porque son deducibles de las anteriores, en base a un criterio de deducibilidad análogo al que opera en la nomostática kelseniana; o bien porque han sido producidas por una autoridad delegada para hacerlo, en base a un criterio de legalidad análogo al operante en la nomodinámica kelseniana (en cuyo caso se hablará de normas dependientes)³⁷.

Pero vale la pena hacer notar una circunstancia que será objeto de estudio en el próximo epígrafe: la definición de «sistema jurídico» originariamente ofrecida por Alchourrón y Bulygin choca con el uso jurídico ordinario de la expresión, tanto en el caso de la sistematización como en el caso

³⁶ Para esta terminología, introducida por Caracciolo pero adoptada por Bulygin, cfr. R. A. Caracciolo, *Sistema jurídico*, cit., pp. 19-20, así como E. Bulygin, *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, cit., p. 266.

³⁷ Cfr. una vez más R. A. Caracciolo, *Sistema jurídico*, cit., p. 31, y E. Bulygin, *Algunas consideraciones*, cit., p. 236. En relación con estos aspectos, y para desarrollos posteriores de la teoría, cfr. al menos J. J. Moreso, P. E. Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

del sistema. En el primer caso, según la definición ofrecida en NS, hay un *mismo* sistema incluso cuando un mismo conjunto de enunciados viene sistematizado de forma diferente, mientras que normalmente los juristas dicen que se trata de sistemas (o sistemáticas) diferentes. En el segundo caso, y siempre en base a la misma definición, hay sistemas diferentes cuando el legislador cambia aunque sea un sólo enunciado, mientras que normalmente los juristas dicen que el sistema continúa siendo el mismo, aunque cambien sus normas³⁸.

Naturalmente, no está escrito que el uso ordinario de los juristas, por el solo hecho de ser tal, sea mejor que el propuesto por Alchourrón y Bulygin; en este caso, sin embargo, parece que, verdaderamente, la redefinición de «sistema jurídico» propuesta por los dos teóricos argentinos es defectuosa, si bien es cierto que después han intentado remediar sus defectos. El segundo defecto lo han remediado en parte distinguiendo, como se ha visto, entre «sistema» y «ordenamiento jurídico», de tal modo que, cambiando el sistema, el ordenamiento jurídico permanece igual. En el próximo epígrafe veremos cómo Alchourrón y Bulygin tratan de remediar también el primer defecto; mas cómo, al hacerlo, terminan por cuestionar la definición de «sistema» ofrecida en NS.

4. Una ambigüedad simétrica

Después de haber visto, en el epígrafe anterior, cómo en la teoría de Alchourrón y Bulygin se entrevén las dos primeras limitaciones al presupuesto de que el Derecho es un sistema, en este epígrafe nos ocuparemos específicamente de la tercera, según la cual el modelo teórico-general configura al Derecho (no como sistema en sentido estricto, sino) como simple conjunto de normas. Los términos «conjunto» y «sistema», como se ha anticipado, padecen una ambigüedad simétrica. En sentido estricto, «conjunto» indica una simple pluralidad; en sentido amplio, una pluralidad ordenada. Simétricamente, en sentido estricto «sistema» indica una pluralidad ordenada; en sentido amplio, una simple pluralidad. Tomando ambas expresiones en sentido estricto, la diferencia está constituida por el *orden* o *estructura* del sistema; este último es un conjunto *ordenado* o *estructurado*.

Como también se ha anticipado, raramente los teóricos del Derecho se muestran conscientes de esta diferencia. Hart, por ejemplo, considera al Derecho moderno o contemporáneo -caso paradigmático de Derecho- como un sistema jurídico complejo, constituido por una unión de normas primarias (que imponen obligaciones) y de normas secundarias (que confieren

³⁸ De las diferencias entre su modelo y los usos efectivos de los juristas Alchourrón y Bulygin dan cuenta sistemáticamente en *Sobre el concepto de orden jurídico*, cit., pp. 395 ss.

poderes); considera, en cambio, al Derecho primitivo -caso tal vez anómalo de Derecho, pero no por ello excluido de tal concepto- como formado sólo por normas primarias. Ahora bien, también a propósito del Derecho primitivo Hart habla de sistema (*system*), usando evidentemente el término en sentido amplio: sin dejar de reconocer que las reglas del Derecho primitivo «no forman un sistema, sino que establecen una serie de criterios de conducta separados»³⁹.

También Raz, por poner otro ejemplo, usa «sistema» (*system*) en el sentido de mero conjunto de normas, mientras que para indicar el carácter ordenado de éste usa el término «estructura» (*structure*). Puesto que, por otro lado, él sostiene el llamado principio de independencia, es decir, «que no existe alguna estructura o contenido comunes a todos los sistemas jurídicos»⁴⁰, el Derecho es calificado como sistema en sentido amplio, sin dejar de negar que tenga siempre una estructura, es decir, que sea sistema en sentido estricto. Lo mismo sucede con las teorías del sistema examinadas por Raz; por ejemplo, él dedica un capítulo entero a la «teoría del sistema jurídico de Austin» para descubrir al final que «Austin tiene muy poco que decir acerca de la estructura de un sistema jurídico», o que «Austin no tiene ninguna teoría del sistema jurídico en sentido estricto»⁴¹.

También Alchourrón y Bulygin han elaborado un modelo del Derecho que, en un análisis atento, lo configura más bien como conjunto que como sistema de normas en sentido estricto. No nos lleve a engaño la circunstancia de que algunos pasajes de NS parecen marcar distancias respecto de la definición del Derecho como mero conjunto de normas (*set of norms*), tal cual es mantenida, por ejemplo, por Kelsen: en realidad, en pasajes como éstos se critica que el Derecho sea considerado como un conjunto *de normas* (más que de enunciados, no todos necesariamente normativos), y no que el Derecho sea considerado un *conjunto* de normas⁴². En realidad, el modelo de sistema de Alchourrón y Bulygin tiende a caracterizar al Derecho precisamente como simple conjunto; algo de lo que después tanto Alchourrón como Bulygin han acabado por darse cuenta.

No hay demasiadas dudas de que el término «conjunto» (*set*), utilizado por Alchourrón y Bulygin, es usado en el sentido estricto de mera pluralidad,

³⁹ Cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, (1961), trad. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, pp. 110 y 117.

⁴⁰ Cfr. J. Raz, *The Concept of Legal System* (1970), trad. it. *Il concetto di sistema giuridico*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 32.

⁴¹ *Ivi*, pp. 57-60: «la teoría de Austin está [...] basada sobre el principio de independencia», por el cual «no hay ninguna necesidad lógica que exija que un sistema jurídico tenga una estructura interna» (esto es, que sea sistemático en sentido estricto). A propósito de Austin, cfr. también R. A. Caracciolo, *Sistema jurídico*, cit., p. 28.

⁴² Cfr. NS, respectivamente pp. 4 y 58.

suma o colección de enunciados y/o de normas. En efecto, como ha observado Caracciolo, de los enunciados que constituyen la base axiomática del sistema sólo se puede dar una definición extensional (por enumeración), en cuanto que éstos pueden no presentar algún rasgo común⁴³: se trata, aquí, de conjunto en sentido estricto. Por lo tanto, al menos por lo que se refiere a la base axiomática, el modelo de Alchourrón y Bulygin es análogo al sistema simple de Hart como «serie de criterios de conducta separados», y vale para él el principio de independencia de Raz, por el cual sus constituyentes también pueden estar no relacionados, no conectados sistemáticamente mediante alguna estructura.

Por otro lado, conviene no olvidar que «sistema jurídico» en NS viene definido no como mero conjunto de normas, sino como conjunto *que comprende las consecuencias lógicas de éstas*: la base axiomática constituye un mero conjunto, la base más las consecuencias forma un sistema en sentido estricto. Aun si entre los diversos enunciados que componen la base axiomática no se diese relación sistemática alguna, ciertamente no cabría decir lo mismo de la relación entre los enunciados singulares de la base axiomática y sus consecuencias respectivas. Entre ellos existe en todo caso esa relación estrechísima que es la relación de inferencia lógica; más aún, es precisamente esto -y quizás sólo esto- lo que autoriza a hablar de la base axiomática *más* las consecuencias lógicas de ésta como de un sistema en sentido estricto.

Ciertamente, por tanto, no puede negarse que *formalmente* el modelo elaborado en NS se configura como sistema en sentido estricto: al fin y al cabo, desde las sistematizaciones iusracionalistas en adelante, ha sido precisamente por cosas de este tipo por lo que siempre se ha hablado de «sistema jurídico»⁴⁴. Obsérvese, sin embargo, que las sistematizaciones iusracionalistas partían de principios metapositivos, considerados autoevidentes y coherentes entre sí, en cuanto fundados en la razón humana; características que desaparecen en la concepción del sistema jurídico que se impone a partir de s. XIX, y también en el modelo de Alchourrón y Bulygin. Los enunciados de la base axiomática bien pueden ser incoherentes, estar privados de evidencia racional y haber sido escogidos *ad libitum* por los juristas (si bien sólo entre las normas pertenecientes a un Derecho positivo)⁴⁵.

⁴³ Cfr. R. A. Caracciolo, *Sistema jurídico*, cit., p. 32, y E. Bulygin, *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, cit., p. 263.

⁴⁴ Debo esta observación a Paolo Comanducci.

⁴⁵ Cfr. NS, respectivamente p. 48 («an inconsistent system is still a system» [«un sistema inconsistente sigue siendo un sistema» (N. del T.)]) y pp. 51-52 (acerca del abandono del postulado de la evidencia y de la concepción metapositiva de los principios a partir del positivismo jurídico del s. XIX).

Sustantivamente -o sea, más allá de la definición de «sistema jurídico» expresamente suministrada- nos hallamos pues frente a una concepción muy débil de sistema, más próxima a un simple conjunto que a un sistema en sentido estricto. Desde este punto de vista, podría trazarse un paralelismo con la teoría del sistema jurídico del último Kelsen, que no obstante se distingue netamente de la de Alchourrón y Bulygin por el abandono de la concepción estática del sistema expresamente recuperada por éstos. Ahora bien, igual que la teoría del sistema de Kelsen evita la falsación abandonando requisitos como el de la coherencia, del mismo modo la teoría de Alchourrón y Bulygin debilita tanto los requisitos del sistema como para hacer dudar de que se pueda todavía hablar de sistema en sentido estricto.

Ciertamente, es preciso tener siempre en mente que nos encontramos frente a un modelo (no tanto del sistema teórico-general, cuanto) de la sistematización y/o de las sistemáticas de los juristas; y que quizás un modelo más fuerte, sea del sistema, sea de la sistemática, resultaría implausible. Hay sin embargo al menos otro aspecto del modelo que los mismos Alchourrón y Bulygin parecen considerar un defecto: el hecho de que el modelo obligue a considerar como un *mismo* sistema los resultados de *diversas* sistematizaciones.

Ciertamente, tal aspecto podría también ser aceptado como un alejamiento del modelo respecto del original; pero son los mismos Alchourrón y Bulygin quienes no quieren aceptarlo, hasta el punto de poner en duda la definición de «sistema» originariamente ofrecida en NS.

En un importante trabajo, Alchourrón y David Makinson han mostrado cómo poner en orden jerárquico (*ordering*, ordenación) un conjunto de normas tiene, respecto de las normas colocadas en los niveles inferiores, consecuencias equivalentes a la derogación⁴⁶. En estos términos, al menos, Bulygin retorna los resultados de esos dos autores, observando que «imponer un orden sobre un sistema [...] es equivalente a la derogación de ciertas normas (esto es, de aquellas normas que resultan descartadas como inferiores o menos importantes)»⁴⁷. Tal conclusión lleva al mismo Bulygin, en la parte del ensayo *Legal Dogmatics and the Systematization of Law* expresamente dedicada a las modificaciones del sistema, a hacer dos importantes admisiones.

En primer lugar, él admite que un mismo conjunto de normas, ordenado de diversas formas en el sentido arriba indicado de «ordenación», puede dar lugar a diversos sistemas; admisión que remedia, al menos en parte, uno de los principales alejamientos de la definición de «sistema jurídico» ofrecida

⁴⁶ Se trata de C. E. Alchourrón, D. Makinson, *Hierarchies of Regulations and their Logic*, in R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht, 1981, pp. 125-148.

⁴⁷ Cfr. E. Bulygin, *Legal Dogmatics and the Systematization of Law*, trad. castellana cit., p.479.

en NS respecto del uso ordinario de tal expresión. En segundo lugar, sin embargo, Bulygin parece poner de nuevo en discusión la definición misma de «sistema jurídico» ofrecida en NS, reconociendo explícitamente que se trata de una definición de «sistema» como mero conjunto de normas. Que a toda ordenación corresponda una derogación, en efecto, mostraría «que un sistema normativo no es tan sólo un conjunto de normas (clausurado bajo la deducción) -tal como fue definido en NS- sino un conjunto *ordenado* de normas»⁴⁸.

Prosigue Bulygin: «Todo cambio de la ordenación da lugar a un nuevo sistema, aun cuando los elementos (las normas) del sistema permanezcan idénticos, porque las correlaciones de casos con soluciones son diferentes. Como el status normativo de una acción puede cambiar como resultado de una ordenación diferente del mismo conjunto de normas, el mismo conjunto puede dar lugar a sistemas diferentes, si ha sido ordenado en forma distinta»⁴⁹. Hay por tanto al menos un caso -el de la ordenación jerárquica de las normas- en el que un mismo conjunto de normas da lugar a sistemas diferentes; sin embargo, vale la pena preguntarse en qué relación está este caso con el otro -el de la reformulación- del que se ha hablado en el epígrafe anterior.

Que en el modelo de Bulygin se trata de *otro* caso, resulta bastante claro del hecho de que él los trata en dos secciones distintas de *Legal Dogmatics and the Systematization of Law*: de la reformulación se ocupa en la sección dedicada a la sistematización (que, por definición, se refiere siempre al mismo sistema); de la ordenación se ocupa en la sección dedicada a la modificación (que, por definición, se refiere a sistemas diferentes). Pero ¿se trata verdaderamente de dos casos distintos? En concreto, ¿no es la ordenación jerárquica precisamente uno de los casos más típicos de esa actividad que Alchourrón y Bulygin hasta ahora habían llamado reformulación? Procedería preguntar: ¿a qué se reduce la reformulación, una vez que se le quite la ordenación jerárquica?

Ciertamente, también en el caso de los conceptos de ordenación jerárquica y de reformulación nos encontramos ante un simple modelo, que siempre es considerado distinto de lo que sucede en la realidad; por tanto, también de la distinción entre ordenación y reformulación podría decirse lo que Bulygin dice de la distinción entre modificación y sistematización: o sea, que se trata de una distinción «puramente conceptual»⁵⁰. Aquí, sin embargo, el problema concierne precisamente a la configuración del modelo:

⁴⁸ *Ibidem* (cursiva en el texto).

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ En el sentido de que «en la práctica las tres tareas son a menudo realizadas al mismo tiempo, de manera que resulta extremadamente difícil separarlas»: cfr. *ivi*, p. 480.

en efecto, una vez que la ordenación jerárquica se ha emancipado de la reformulación, esta última parece resultar una clase meramente residual. Las actividades de sistematización más importantes e interesantes quedan bajo la rúbrica de la ordenación jerárquica, y devienen -y esto es lo más importante- productoras de Derecho nuevo.

La objeción interna avanzada al analizar la teoría de Alchourrón y Bulygin es precisamente ésta: la introducción del concepto de ordenación jerárquica suscita al menos problemas de coordinación con el concepto de reformulación, y obliga a rehacer las cuentas con la definición de «sistema jurídico» dada en NS. El mismo Bulygin, de hecho, observa poco después: «Por consiguiente, el término “sistema jurídico” es ambiguo: esta ambigüedad hace posible que los dogmáticos aleguen que ellos no cambian el sistema mientras no cambien las normas, aun cuando cambie el orden jerárquico de estas normas». La ambigüedad consiste, precisamente, en el hecho de que el significado de «sistema jurídico» «cambia de “conjunto ordenado de normas” a “conjunto de normas” (con independencia de su ordenación)»⁵¹.

La coordinación entre reformulación y ordenación jerárquica aparece tanto más problemática en cuanto que los dos conceptos parecen relativos al sistema en dos sentidos diferentes del término: en el sentido amplio de conjunto de normas, y en el sentido estricto de conjunto ordenado de normas. Donde «sistema» significa mero conjunto, un mismo conjunto de normas permanece como tal incluso si es estructurado de forma diferente; donde «sistema» significa conjunto ordenado, el mismo conjunto de normas, estructurado de forma diferente, configura dos sistemas distintos. Así pues, las *mismas* operaciones pueden configurarse como modificación o no del sistema según la definición de «sistema» adoptada; lo cual obliga a elegir entre la definición y el modelo de sistema como mero conjunto, y la definición y el modelo de sistema como sistema en sentido estricto.

Como quiera que sean las cosas -es decir, que se trate simplemente de hacer un sitio a la ordenación jerárquica en el seno del viejo modelo de sistema en sentido amplio, como Bulygin parece pensar, o que ello requiera la adopción de un modelo de sistema en sentido estricto, como se podría hipotetizar-, al menos una conclusión ya puede sacarse. Bulygin ha reconocido que, al menos en un sentido importante, el modelo construido junto con Alchourrón en NS configura el sistema jurídico como simple conjunto de normas. Si la finalidad del presente trabajo fuera la -puramente negativa de mostrar que incluso la más actualizada teoría del sistema jurídico termina por suscribir las tres limitaciones a la asunción de que el Derecho es un sistema, podríamos darnos por satisfechos.

⁵¹ *Ivi*, pp. 479-480.

La teoría del sistema jurídico de Alchourrón y Bulygin no sólo se presenta como un simple modelo del Derecho; tal modelo no sólo está expresamente elaborado sobre los procedimientos de sistematización empleados por la dogmática jurídica: además, dicho modelo, bajo un perfil importante, parece configurar al Derecho (no como sistema, sino) como simple conjunto de normas. Resulta pues sostenible, entre otras cosas, que concebir el Derecho como sistemático puede ser *útil* para ciertos fines -por ejemplo, para comprender cómo opera la ciencia jurídica-, pero no es en absoluto *necesario*. Es posible concebir el Derecho también como simple conjunto de materiales normativos a emplear en la solución de problemas: de forma tampoco demasiado distinta, por lo demás, a como se hace en NS.

Por otro lado, estas conclusiones pueden parecer meramente negativas: por así decir, pueden aparecer como una suerte de prolegómenos a cualquier teoría futura que quiera hablar del Derecho como sistema. Para escapar a esta impresión, se intentará ofrecer una contribución teórica en positivo, indagando cómo, en qué direcciones, las tres limitaciones mencionadas pueden ser superadas. Por otro lado, tratar de superar tales limitaciones comporta consecuencias bastante radicales: el actual modelo de sistema parece consustancial a la tradición disciplinar en la que está inmerso -la teoría general- no en el sentido de que los teóricos generales no puedan superarlas de algún modo, sino en el sentido de que superándolas terminan por cultivar un género de investigación sensiblemente distinto al que cultivaban antes.

5. ¿El Derecho sin sistema?

En este epígrafe reconsideraremos las tres limitaciones a la asunción de que el Derecho es un sistema, y la dirección en la que cada una de ellas puede ser superada; partiremos de la última (la más superable) para llegar a la primera (que lo es mucho menos). En concreto: a) el modelo *atomista* del Derecho como conjunto de normas puede ser sustituido por un modelo *sistemista*, que represente al Derecho como sistema en sentido estricto; b) el modelo *normativista* del Derecho, típico de las teorías teórico-generales, puede ser sustituido por un modelo *factual*, típico de las ciencias sociales, representando *al Derecho mismo* (y no sólo a sus representaciones doctrinales) como sistema; c) el mismo modelo del sistema como representación *estructural* del Derecho puede ser sustituido por algunos modelos *funcionales* o *evolutivos*.

a) Como se pone también de manifiesto en los últimos desarrollos de la teoría de Alchourrón y Bulygin, el modelo débil de sistema jurídico como simple conjunto de normas podría ser sustituido por modelos más fuertes, que configuren al Derecho como sistema en sentido estricto. En particular, de un modelo *atomista*, tal cual es, en ciertos aspectos, el ofrecido en NS, se

podría pasar a modelos *sistemistas* del sistema como conjunto ordenado o estructurado, en la misma dirección, por lo demás, en la que parece evolucionar ya la misma teoría de Alchourrón y Bulygin. En cambio, no parece indispensable, y ni siquiera recomendable, proceder hacia modelos *holísticos* del sistema jurídico como totalidad orgánica como los que se encuentran en Savigny, en Santi Romano y en algunos sociólogos del Derecho⁵².

La superación de la concepción atomista del sistema jurídico, radicada en una tradición de pensamiento que va al menos de Austin a Alchourrón y Bulygin, podría parecer la solución más simple para remediar los defectos del modelo teórico-general del sistema. De hecho se trataría de una solución, por así decir, «interna» a la tradición teórico-general; tal solución, además, se presenta tanto más atractiva en cuanto escapa a la alternativa pura y dura -típica de la teoría general a caballo entre los dos siglos, pero muy lejos de haber sido superada por la contemporánea- entre atomismo y holismo; alternativa que obligaba a escoger entre el sistema como mero conjunto de normas de los normativistas, y el sistema como totalidad orgánica de los institucionalistas.

Una teoría sistemista del sistema jurídico, como la que parece emerger también en Alchourrón y Bulygin, daría por ejemplo cuenta del hecho de que la identidad del sistema jurídico no cambia con el cambio de sus componentes, como sucedería en cambio si se concibiera como simple conjunto: la identidad de un sistema en sentido estricto es de algún modo independiente de la de sus partes singulares. Por otro lado, no es fácil decir cómo podrían configurarse concretamente teorías del sistema jurídico más fuertes que la sostenida en NS; y tampoco está claro si un modelo de sistema jurídico como sistema en sentido estricto no resultaría implausible al compararlo con el original; al menos cuando se lo compara con el Derecho en cuanto tal, y no con sus representaciones doctrinales.

Probablemente, mientras «Derecho» venga empleado en su tradicional acepción normativista, para designar al conjunto de las normas producidas, por ejemplo, por el legislador italiano, resulta arduo hablar de él como sistema en sentido estricto. No es por casualidad, desde este punto de vista, que los primeros teóricos del ordenamiento jurídico, como Santi Romano, refutaran la concepción normativista del Derecho, sin perjuicio de llegar a un institucionalismo que tenía el defecto contrario al atomismo, o sea, el holismo.

⁵² Para esta distinción entre «atomism», «systemism» y «holism» a propósito de las diversas concepciones posibles de las totalidades (*wholes*), cfr. M. Bunge, *Treatise on Basic Philosophy*, vol. IV, *A World of Systems*, Reidel, Dordrecht, 1979, pp. 39-43. De «atomismo normativo» y de «holismo normativo» hablan en cambio, en otros sentidos, M. Atienza, *La filosofía del Derecho argentina actual*, De Palma, Buenos Aires, 1984, p. 143 nota 33 y R. A. Caracciolo, *Sistema jurídico*, cit., p. 12.

Quizás, si de verdad se quiere concebir al Derecho como sistema, se debe abandonar el modelo normativista de sistema típico de la teoría general y/o de la filosofía analítica, demasiado dependiente de las representaciones dogmáticas del Derecho, para adoptar un modelo factual y/o sociológico.

b) El modelo normativista de sistema jurídico, tomado prestado de las representaciones dogmáticas del Derecho y típico de la teoría general y/o de la filosofía analítica, podría por tanto ser sustituido por un modelo factual, obtenido de las representaciones que del Derecho proporcionan las ciencias sociales y, en primer lugar, la sociología del Derecho. Se podría entonces concebir *al Derecho mismo* como sistema -ya no de normas, sino- de hechos, de comportamientos sociales; en particular, de aquellos comportamientos sociales que consisten en producir y en conocer normas⁵³. En esta concepción (no normativista, sino) factual del sistema jurídico se podría de todos modos prestar una atención *explícita* al papel jugado por los juristas *dentro* del sistema, diferente de la atención *implícita* prestada por teóricos generales como Kelsen o Hart.

No pasará inadvertida la diferencia que existe entre semejante modelo factual y/o sociológico de sistema jurídico y el modelo normativista y/o teórico general considerado hasta aquí. También los juristas y teóricos generales, de Savigny a Kelsen, siempre han *dicho* que conciben al Derecho mismo como sistema; aun cuando después acaben por hacer pasar por representación objetiva y «científica» del Derecho la representación subjetiva y en algún sentido «ideológica» que del Derecho elabora profesionalmente un operador jurídico particular, el jurista. En el modelo sociológico-factual, en cambio, se tendría una representación del Derecho externa, en cuanto que realizada desde el punto de vista de las ciencias sociales, pero no necesariamente extrínseca, porque es capaz de dar cuenta del papel de los juristas⁵⁴.

Por otro lado, tal modelo de sistema jurídico sería muy diferente de los típicos de los teóricos generales y/o de los filósofos analíticos del Derecho. Basta pensar en la circunstancia de que una teoría no normativista sino factual del Derecho -precisamente por el hecho de ocuparse no sólo de normas sino también de hechos- obligaría a abandonar esa tácita limitación del campo de

⁵³ Naturalmente, aquí cambia el significado mismo de la palabra «derecho»: de Derecho en sentido objetivo a (sub)sistema social, o -como se decía en un trabajo anterior- ámbito específico de la experiencia social; cfr. M. Barberis, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 42.

⁵⁴ Con esta precisión, un modelo de este tipo podría satisfacer al menos algunas de las exigencias hechas valer por diversos teóricos del Derecho en términos de *hermeneutic point of view* o de perspectiva del participante: cfr. respectivamente N. D. McCormick, *H. L. A. Hart*, Arnold, London, 1981, especialmente p. 37, y J. C. Bayón, *Participantes, observadores e identificación del Derecho*, trad. it. *Partecipanti, osservatori e identificazione del diritto* en P. Comanducci, R. Guastini (a cargo de), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 47-63.

investigación del filósofo a los conceptos y/o al lenguaje que es típica de la filosofía analítica en general, y de su versión wittgensteiniana en particular⁵⁵. Por otra parte, en absoluto se está diciendo que las teorías del sistema jurídico de los sociólogos sean normalmente mejores que las de los teóricos generales-, es más, en algunos casos ni siquiera se puede decir que las primeras sean verdaderamente distintas (por ejemplo: más factuales) de las segundas.

En este lugar sólo es posible poner dos ejemplos, capaces de ilustrar los méritos y los límites contrapuestos de los modelos sociológicos corrientes. El *primer* ejemplo está representado por Lawrence M. Friedman y por su célebre manual *The Legal System. A Social Science Perspective* (1975), en el cual «sistema» viene definido como cualquier unidad conceptualmente delimitada respecto a un ambiente, del cual recibe *inputs* (demandas de soluciones) y al cual devuelve *outputs* (soluciones a tales demandas)⁵⁶. Concepciones de este tipo han sido siempre criticadas, también en sus usos extrajurídicos, por el hecho de reducir el sistema a una caja negra (*black box*), de la que se conocen sus interacciones con el ambiente, pero de la que se ignora su estructura interna; ignorancia aparentemente muy grave para sistemas como el Derecho⁵⁷.

El *segundo* ejemplo, que merece alguna consideración más, está representado por el modelo o, mejor, por los modelos de sistema jurídico elaborados por Luhmann en textos como *Rechtssoziologie* (1972), *Ausdifferenzierung des Rechts* (1981), o *Soziale Systeme* (1984). En todos estos textos, más allá de sus diferencias, la sociedad y el Derecho han sido caracterizados por Luhmann como sistemas (no de comportamientos, sino) de comunicaciones, capaces de seleccionar las posibilidades que se les presentan a los actores sociales, reduciendo la complejidad y la contingencia. Las normas jurídicas, desde este punto de vista, se configuran como «expectativas de comportamiento estabilizadas», o mantenidas firmes -a diferencia de las expectativas meramente cognoscitivas- incluso en caso de frustración⁵⁸.

⁵⁵ Aquí hay que remitir a M. Barberis, *Wittgenstein e i concetti*, en P. Comanducci. R. Guastini (a cargo de), *Analisi e diritto* 1996, Giappichelli, Torino, 1996.

⁵⁶ Cfr. L. M. Friedman, *The Legal System. A Social Science Perspective* (1975), trad. it. con el título *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Il Mulino, Bologna, 1978, p. 41. Obviamente, tratándose, como ya se ha dicho, de un sistema (no *real*, sino) *conceptual*, los confines del sistema variarán según la definición ofrecida; en efecto, Friedman examina diversas definiciones, sin por otro lado escoger ninguna (*ivi*, p. 49).

⁵⁷ Así, casi literalmente, M. Bunge, *A World of Systems*, cit., pp. 15-16. Friedman, además de hablar él mismo del sistema como de una «caja negra», de hecho escribe: «es el mundo externo, el mundo social, el que da vida y realidad al sistema jurídico-, éste no está aislado y separado, sino que, al contrario, es completamente dependiente de los *inputs*, de los mensajes que provienen del exterior. Sin litigantes, no existirían tribunales; sin demandas [...] no habría pleitos» (L. M. Friedman, *The Legal System*, cit. respectivamente, pp. 53 y 55).

⁵⁸ N. Luhmann, *Rechtssoziologie* (1972), trad. it. *Sociologia del diritto*, Laterza, RomaBari, 1977, p. 54

Ya en su versión originaria el modelo luhmanniano podría hacer pensar en una transcripción en términos sociologizantes de teorías teórico-generales; después de la conversión (hace ya una década) de Luhmann a la teoría de los sistemas llamados autopoieticos, propuesta por los epistemólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela, este mismo modelo parece constituir sobre todo una generalización y radicalización en sentido holístico de la tesis kelseniana según la cual el Derecho regula su propia producción y aplicación⁵⁹. El sistema jurídico, en el modelo autopoietico, acaba no sólo por aparecer como fuertemente autónomo respecto del ambiente, sino también por culminar en esa suerte de autorreflexión del sistema sobre sí mismo que sería la dogmática jurídica⁶⁰.

Como es sabido, a esta concepción del sistema se le han dirigido muchas objeciones⁶¹; lo que, por otro lado, puede decirse en este lugar es que toda la teoría de Luhmann, antes y después del giro autopoietico, parece presentar el defecto inverso de la teoría de Friedman. Mientras que Friedman elabora un modelo factual pero extrínseco de sistema jurídico (una suerte de *sociología del Derecho sin Derecho*, por decirlo en términos luhmannianos)⁶², Luhmann elabora un modelo no sólo no factual, sino hasta demasiado intrínseco, construido sobre algunas creencias típicas de los juristas. En efecto, bajo el manto de una teoría sociológica del Derecho, autores como Luhmann o como Gunther Teubner parecen a veces ofrecer simplemente otro modelo teórico-general, sólo que formulado en lenguaje sociológico⁶³.

Naturalmente, se pueden construir modelos sociológicos de sistema jurídico que no presenten los defectos presentados por los que han sido considerados aquí. En este punto, sin embargo, viene de suyo plantearse un interrogante más radical: ¿por qué es necesario concebir, forzosamente, al Derecho como sistema? Si todas las concepciones del sistema que hemos considerado -sean las teórico-generales, sean las sociológicas- constituyen

⁵⁹ Por lo demás, también G. Teubner, *Recht als autopoietisches System* (1989), trad. it. *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 57-58, se compara de cerca con la teoría hartiana del Derecho como unión de normas primarias y secundarias.

⁶⁰ Es ésta la famosa teoría luhmanniana de la autorreferencialidad (*Selbsreferenz*) del sistema autopoietico; para una posición análoga, cfr. de nuevo G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, cit., especialmente p. 59.

⁶¹ Cfr. al menos D. Zolo, *The Epistemological Status of the Theory and Its Applications to the Social Sciences*, en G. Teubner, A. Fehbrajo (eds.), *State, and Economy as Autopoietic Systems*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 67-124.

⁶² Cfr. N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts* (1981), trad. it. *La differenziazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 36; pero cfr. ya id., *Rechtssociologie*, cit., p. 9: «a tales investigaciones les falta el Derecho».

⁶³ En el mismo sentido, cfr. D. Zolo, *The Epistemological Status of the Theory of Autopoiesis*, cit., p. 117.

otros tantos modelos del Derecho, ¿por qué no abandonar todos estos modelos y estudiar directamente el fenómeno jurídico, saltando todas las mediaciones teóricas? Después de todo, usando modelos se está de todos modos obligado a revisar los resultados sobre el original; y también en este sentido, como ha escrito Richard Braithwaite, los modelos requieren «eterna vigilancia»⁶⁴.

c) El problema más grande parece constituido, precisamente, por el carácter de modelo del sistema jurídico. Cuando se aplica un modelo a la realidad se termina por ver sobre todo lo que aquél nos muestra: con el peligro siempre acechante -además del de cambiar la realidad por el modelo de tener, no una representación simplificada de la realidad, sino una representación por lo menos tan compleja como el original. Muchas teorías del sistema jurídico, entre ellas las elaboradas por los filósofos analíticos en general y por Alchourrón y Bulygin en particular, dan a veces la siguiente impresión: un enorme despliegue de trabajo teórico para solucionar problemas que luego se revelan todos ellos internos al modelo; un derroche de inteligencia para resolver *puzzles* que son los mismos teóricos quienes los han inventado.

Las sistemáticas de los juristas ya constituyen modelos del Derecho; los sistemas de los teóricos generales, a su vez, constituyen un modelo de tales modelos; algunos sistemas de los sociólogos del Derecho -como el de Luhmann, que pretende dar cuenta de la teoría del Derecho misma⁶⁵- constituyen pues, meta-meta-modelos del Derecho. Esto es, los modelos proliferan autónomamente, y se persiguen independientemente del original, terminando por convertirse en otro fenómeno a explicar, a menudo más incomprensible que aquéllos de los que se había partido. El lenguaje del modelo tiende naturalmente a degenerar en jerga; de hecho, en el caso del último Luhmann, o de la teoría de la autopoiesis en general, cuesta mucho más trabajo entender el modelo que el original⁶⁶.

Por tanto, inmediatamente pensamos en desembarazarnos del modelo y en volver a abordar directamente el original, saltando toda mediación teórica. En realidad, esta siempre recurrente pretensión de mirar «a las cosas mismas» es ilusoria: toda observación está «cargada de teoría» y no hay lugar

⁶⁴ R. B. Braithwaite, *Scientific Explanation* (1953), trad. it. *La spiegazione scientifica*, Feltrinelli, Milano, 1966, p. 90.

⁶⁵ Cfr. N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts* cit., p. 32: «La intención es [...] la de presentar una teoría sociológica que incluya la posibilidad de analizar la teoría del Derecho».

⁶⁶ En Italia, para facilitar la lectura de Luhmann, se ha publicado recientemente un diccionario de los principales términos teóricos luhmannianos: cfr. C. Baraldi, G. Corsi, E. Esposito (a cargo de), *Luhmann in Glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, Angeli, Milano, 1996.

para miradas vírgenes de presupuestos teóricos. Por lo tanto, no podemos prescindir de los modelos; pero tampoco estamos obligados a servirnos de alguno de ellos. Por definición, ningún modelo es exclusivo: ni siquiera el del sistema. La impresión contraria deriva -además de la ya señalada vaguedad de términos como «orden» y «estructura», que aparecen en muchas definiciones tanto de «modelo» como de «sistema»- del hecho de que, a veces, el primer término viene definido recurriendo al segundo⁶⁷.

Vuelve a ser útil, para este propósito, la distinción entre problema dogmático de la sistemática, o de la sistematización, y problema teórico-general del sistema, distinción ya empleada en el análisis de la teoría de Alchourrón y Bulygin. En el caso de la teoría de la sistemática, parece difícil prescindir del modelo del sistema, por lo menos mientras exista una disciplina intelectual como la dogmática jurídica; y parece difícil, de entrada, porque son los mismos actores sociales de cuya conducta un modelo de la sistemática debe dar cuenta -los juristas- los que razonan en términos sistemáticos. Por tanto, desde este específico punto de vista, el modelo sistemático no ha perdido en modo alguno su actualidad; el modelo sistemático elaborado por Alchourrón y Bulygin desde NS, resueltos sus problemas internos, podrá, en suma, sernos todavía muy útil.

En cambio, parece difícil sostener lo mismo respecto a esa representación de las representaciones de los juristas, esa especie de pleonismo de la sistemática, que es el sistema de los teóricos generales. Aquí verdaderamente podemos preguntarnos: ¿por qué debemos seguir hablando de «sistema jurídico», aun cuando esta expresión se revela como un mero sinónimo de «Derecho»⁶⁸? ¿Por qué debemos seguir calificando a un Derecho de sistemático, por ejemplo, aun cuando sabemos que no es ni unitario, ni coherente, ni completo, o, a lo mejor, cuando ni siquiera sus cultivadores han soñado jamás calificarlo así? Más en general: ¿por qué debemos sentirnos vinculados

⁶⁷ Cfr. p.e. B. Walliser, *Systèmes et modèles. Introduction critique à l'analyse des systèmes*, Seuil, París, 1977, p. 120: «Un modèle apparaît donc comme un système homomorphe à un système donné mettant en évidence certaines de ses caractéristiques» [«De este modo, un modelo se presenta como un sistema isomorfo a un determinado sistema, poniendo de manifiesto algunas de sus características» (N. del T.)]. Muchos teóricos generales de los sistemas, en efecto, usan «sistema» en un sentido tan amplio que hace casi inútil al concepto relativo; como observa M. Bunge, *A World of Systems*, cit., p. 8, en la cita utilizada como cabecera de este trabajo.

⁶⁸ Una de las razones para el uso de tales sinónimos es que «Derecho» en sentido objetivo, en idiomas como el italiano, tiende a tener un plural defectuoso, en cuanto que «Derechos» suena como el plural de «derecho» en sentido subjetivo; y entonces se habla de «sistemas jurídicos» en lugar de «Derechos» en sentido objetivo. En otros idiomas, como es sabido, no surge este problema: en inglés, por ejemplo, «law» es distinto de «right». También en italiano, no obstante, se puede reaccionar contra esta tendencia, como se ha hecho, sin demasiadas dificultades, en el texto de este trabajo.

al -a algún- modelo sistemático, y no sentirnos autorizados a emplear otros, complementarios o alternativos a él?

Gran parte de los problemas sólo aparentemente resueltos, o dejados sin solucionar, o quizás ni siquiera sospechados, aplicando al Derecho los modelos sistemáticos corrientes, pueden ser afrontados utilizando otros modelos: por ejemplo, los modelos -no estructurales, sino funcionales- proporcionados por la teoría de la evolución. Obviamente, se podría discutir si estos dos géneros de modelística se excluyen mutuamente, o bien si -utilizados ambos en versiones rigurosamente cognoscitivas- se revelan compatibles: al fin y al cabo, la dinámica no excluye a la estática, sino que es sólo una perspectiva ulterior. Sea como fuere, precisamente teorías como la nomodinámica kelseniana o como la doctrina hartiana del paso de los sistemas simples a los complejos, por no hablar de la teoría de los sistemas autopoieticos⁶⁹, parecen moverse ya en esta dirección.

(Trad. de Victoria Roca)

⁶⁹ Cfr. respectivamente, N. Luhmann, *Evolution des Rechts* (1970), trad. it. *L'evoluzione del diritto*, ahora en Id., *Ausdifferenzierung des Rechts*, cit., y todo el cuarto capítulo de G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, cit., pp. 69-91, titulado «El Derecho y su evolución». Ya el «primer» Luhmann, por lo demás, definía las estructuras como funciones «relativamente duraderas»: cfr. Id., *Soziologische Aufklärung I* (1970), trad. it. *Illuminismo sociologico*, Il Saggiatore, Milano, 1983, p. 31.