

## Criterios de Pertenencia y de Individualización

La pregunta ¿Cuándo una norma pertenece a un cierto sistema jurídico? Y la pregunta ¿Cómo se puede distinguir un sistema jurídico de otro sistema jurídico? Están estrechamente relacionadas; la primera requiere que se formule un criterio de pertenencia, y la segunda un criterio de individualización.

Podemos hablar de “Validez” identificando diferentes cosas y con diferentes significados, cabe aclarar que en este momento se habla de validez no como fuerza obligatoria, sino como pertenencia a un sistema, es decir, utilizándola con un significado descriptivo.

### La pertenencia al sistema de las normas derivadas

Kelsen y muchos otros autores coinciden en que “una norma pertenece a un sistema jurídico cuando el acto de dictarla está autorizado por otra norma que pertenezca al sistema jurídico en cuestión”.

Es decir que para determinar si una norma pertenece a un sistema jurídico determinado debemos llegar, a través de lo que Raz denomina “Cadena de validez” y Von Wright “cadena de subordinación”, a una norma o conjunto de normas que consideramos que forman ya parte del sistema.

Que una norma X autorice la creación de una norma T, es decir, que la norma T “derive” de la norma X, quiere decir fundamentalmente que:

- La conducta de dictar la norma inferior esté permitida por la superior; el permiso para dictar una norma se dirige a ciertas personas, a quienes se denomina “órganos competentes”. Tal permiso puede estar condicionado a que se siga un cierto procedimiento para dictar la norma y a que ésta tenga un determinado contenido.

Kelsen sostiene, según lo expuesto, que **una norma es válida cuando concuerda con lo establecido por otra norma válida en cuanto:**

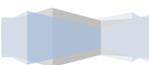
- Al **órgano** que debe dictarla. (El elemento más importante según Kelsen es este)
- Al **procedimiento** mediante el cual fue sancionada.
- Al **contenido** que debe tener.

También la pertenencia de una norma a un sistema jurídico determinado está condicionada a que no haya habido un acto de **derogación** de la misma, autorizado por otras normas del sistema.

---

A diferencia de este criterio de pertenencia que vimos, que está basado en que el dictado de la norma esté autorizado por otra norma del sistema, podemos distinguir un posible criterio de pertenencia, en el cual una norma del sistema declara ‘obligatoria’ la observancia o aplicabilidad por ejemplo de una norma de un derecho extranjero, pero este criterio no es satisfactorio, porque tales normas no son consideradas parte del 1er sistema, solo son ‘obligatorias’, aplicables, etc.

---



En resumen, si queremos determinar si una norma 'a' pertenece a un sistema 'X', debemos hallar alguna otra norma 'b', que aceptemos como perteneciente a 'X', que haya autorizado a dictar la norma en cuestión a quién la sancionó, por el procedimiento que siguió, con el contenido que le ha dado.

Si hallamos esa norma 'b' y aceptamos que ella pertenece al sistema 'X', concluimos que 'a' pertenece también a 'X', o sea que es válida en relación a 'X' siempre que no haya sido derogada de acuerdo con las normas de 'X'.

Aclaración: Muchas veces la norma de la cual averiguamos su pertenencia a un determinado SJ es **derivada indirectamente** de otra norma de la cual admitimos su pertenencia. Ejemplo de la Constitución del 53' que no autorizaba directamente (por lo tanto lo hacía indirectamente) al intendente a crear ordenanzas, sino que el Intendente goza de competencia para dictar ordenanzas, de acuerdo con una ley orgánica para la Municipalidad dictada por el Congreso que está autorizado a su vez por la Constitución para dictar leyes.

Entonces si aceptamos que una cierta norma es válida, también lo serán las normas que se dicen de acuerdo con ella.

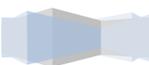
Asimismo, si no creemos en la validez de la primera norma, concluimos que tampoco son validas las normas cuya sanción fue autorizada por aquella.

A esto se llama "Validez relativa".

### PROBLEMA, ATENCIÓN

La cadena de validación no puede continuar infinitamente, por lo tanto, la pertenencia de la ultima norma de la cadena al sistema, no depende de que el acto de dictarla esté autorizado por otra norma válida, porque simplemente no existe otra.

Hay una clara dificultad a la hora de determinar la pertenencia al sistema de las normas que constituyen el último eslabón de cualquier cadena de validez; y esta dificultad de proyecta sobre todas las normas que derivan de ellas, ya que son válidas en tanto y en cuanto lo sean también las normas que autorizan el acto de dictarlas.



## La pertenencia al sistema de las normas NO derivadas.

### Diferentes criterios de individualización

En relación a estas normas NO derivadas se pone de manifiesto la relación que cuando comenzamos mencionamos entre los criterios de pertenencia y los criterios de individualización.

Un **criterio de pertenencia** aplicable a las normas de máxima jerarquía, tendrá que establecer **condiciones** que tienen que satisfacer tanto la norma en cuestión como las restantes normas **primitivas** de ese sistema, pero **NO** las normas de otros sistemas.

Entonces, consecuentemente, esas serán las condiciones que nos servirán para distinguir un sistema jurídico de otro.

#### ¿Cuáles son entonces las condiciones que permiten distinguir un sistema jurídico de otro?

##### 1- Criterio territorial

Este criterio para individualizar los sistemas jurídicos, es el que espontáneamente empleamos, hace referencia a **tomar el ámbito de aplicabilidad territorial de las normas** como criterio fundamental para individualizar los SJ, es decir:

- Dos normas pertenecen al mismo sistema jurídico cuando son aplicables en el mismo territorio
- Dos normas pertenecen a diferentes sistemas jurídicos cuando son aplicables en distintos territorios.

Hay una **objeción decisiva** en contra de este criterio, ya que el concepto de 'territorio' es un concepto jurídico.

El territorio de un país no se determina por accidentes geográficos, sino por **el ámbito en que es aplicable el sistema jurídico de ese país.**

Ejemplo: El territorio argentino está constituido por el ámbito de aplicabilidad espacial del derecho argentino, y si éste ámbito se ampliara, (osea si el derecho argentino se aplicara en zonas donde aun no se aplica) se expandiría el territorio argentino.

Resulta circular individualizar un cierto derecho por el territorio donde sus normas se aplican. **Primero tenemos que distinguir un derecho de otro, para luego distinguir un territorio estatal de otro**, ya que este último se identifica por el sistema jurídico que es aplicable en él.

##### 2- Criterio del origen en cierto legislador

Este criterio es elaborado por el jurista inglés John Austin.

Austin implícitamente acepta el procedimiento de las cadenas de validez para determinar la pertenencia de una norma a un cierto sistema, ya que **su criterio de pertenencia a un sistema** puede formularse así



“una norma pertenece al sistema originado en un soberano cuando ha sido dictada directamente por él o por un legislador delegado, cuya competencia derive de otras normas dictadas por el soberano”.

Y su **criterio de individualización** consiste en que un orden jurídico se distingue de otro por el legislador que directa o indirectamente ha dictado todas las normas que integran ese sistema, dicho de otra manera, un sistema jurídico se constituye con todas las normas que ha dictado un legislador y las que han dictado otros órganos a los que ese mismo legislador delegó su competencia.

Aquí notamos una debilidad en su teoría, ya que implica que si existe un cambio en el legislador originario, existe también un cambio de sistema jurídico, es decir, **si se sustituye el soberano, aparece un derecho diferente, aunque esté integrado por las mismas normas.**

Este inconvenientes y otros... han llevado a algunos iusfilosóficos a proponer otras soluciones fundadas en la identificación de una o varias normas supremas.

### 3- Criterio de la norma fundamental

Debemos tener en cuenta que, Hans Kelsen, determina la validez de una norma por su derivación de otra norma válida.

Kelsen recurre a otro criterio para determinar la validez de la 1er norma positiva (Podría ser la Constitución argentina de 1853 por ejemplo), que no es el que exige la derivación de otra norma válida.

Kelsen, obligado a demostrar la validez de la 1er norma positiva de ‘su sistema’ recurre a su célebre ‘norma fundamental’ una norma que no es positiva, no es una norma dictada por un acto de seres humanos ni divinos, **es un presupuesto epistemológico**, una especie de hipótesis de trabajo **que utilizan implícitamente los juristas en sus elaboraciones.**

¿Qué contenido tiene la NF?

Kelsen, describe en distintas formulaciones que, el contenido de la NF es el de **otorgar COMPETENCIA AL LEGISLADOR ORIGINARIO, es decir, A QUIÉN DICTO LAS PRIMERAS NORMAS POSITIVAS DEL SISTEMA.** “Los que han dictado la Constitución están o estuvieron autorizados para hacerlo”.

Cabe aclarar que Kelsen, indica que los juristas no presuponen una NF arbitrariamente, sino que la formulan respecto de aquellos legisladores cuyas directivas son **eficaces.** (Principio de efectividad)

Los distintos SJ se diferencian según Kelsen **por estar originados en diferentes normas fundamentales.**

¿Qué dice Hans Kelsen acerca de la validez de la NF?

(Acá Nino arranca a demostrar su no coincidencia con este criterio me parece)

Sus explicaciones no son muy claras, aunque insinúa que **la validez de esa norma presupuesta debe a su vez presuponerse**, y que **esa validez no puede ponerse en tela de juicio, sino que se la debe aceptar dogmáticamente.**



A modo de ejemplo y para aclarar cómo ve Nino este criterio y porque dice que es 'incómodo', pensar esto:

“Así como suponer una norma (NF) quiere decir aceptar la hipótesis de que la norma existe, suponer que esa norma es válida implica suponer que deriva de otra norma válida; osea que no bastaría con suponer una NF, habría que presuponer la existencia de otra norma de nivel superior. Cómo a su vez esa última norma tiene que suponerse válida, para que la norma fundamental lo sea, y también lo sea la Constitución que de ella deriva, y deberíamos recurrir a otra norma presupuesta, y así hasta el infinito.”

**Pero además resulta que este curioso criterio, NO RESUELVE EL PROBLEMA QUE SE INTENTABA SOLUCIONAR CON ÉL.**

Joseph Raz objeta con razón el papel de la norma fundamental para individualizar un SJ.

Raz afirma, teniendo en cuenta que si se decide que la norma suprema del orden jurídico argentino es la Constitución dictada en 1853, formularemos la NF con un contenido que autorice a dictar esa constitución.

Por lo tanto, **ANTES de formular la Norma Fundamental tenemos ya individualizado un sistema jurídico y ordenadas jerárquicamente sus normas**, por lo cual la NF no cumple ningún papel en la individualización de los SJ ni en la determinación de su estructura.

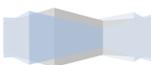
#### 4- Criterio basado en la Regla de Reconocimiento

Herbert Hart estipula en su **criterio de pertenencia** que una norma pertenece a un cierto sistema jurídico cuando su aplicación está prescripta por la 'regla de reconocimiento' de ese sistema jurídico.

A su vez, en su **criterio de individualización** estipula que un cierto sistema jurídico se diferencia de otro, por el hecho de que la aplicación de sus normas está directa o indirectamente prescripta por una 'regla de reconocimiento' diferente a la que prescribe aplicar las normas de otro SJ.

¿Por qué se puede decir que la 'regla de reconocimiento' de Hart está en mejores condiciones que la 'Norma Fundamental' de Kelsen?

- Porque Hart, elude el problema en el que se mete Kelsen con el hecho de que la validez de la NF debe presuponerse, aclarando que de la regla de reconocimiento **no tiene sentido predicar validez o invalidez**, puesto que ella sirve precisamente para determinar cuando las demás normas son válidas. (Es como preguntarse si el metro patrón de París es en sí mismo correcto)
- La Regla de Reconocimiento de Hart no es, a diferencia de la NF, una mera creación intelectual, una hipótesis del pensamiento jurídico, sino que **es una norma positiva, una práctica social**.
- La NF no es una norma positiva, por lo tanto la única forma de distinguirla de las demás normas fundamentales es tomando en cuenta su contenido, y para determinar su contenido tenemos que haber individualizado ya el SJ al que la NF otorga validez. En cambio la 'Regla de Reconocimiento' es una regla positiva, es de presumir que **puede ser individualizada**,



**distinguiéndola de otras, por otros aspectos además de su contenido, como ser quienes la practican, donde, etc.**

Sin embargo Hart fracasa en proveer criterios de pertenencia e individualización operativos, como dice Raz, **“Hart no consigue justificar su aserto de que todo orden jurídico tiene sólo una Regla de Reconocimiento”**

Hart admite que la ‘Regla de Reconocimiento’ de un SJ puede determinar diferentes fuentes independientes de normas primitivas válidas, por ejemplo **prescribir la aplicabilidad de las normas dictadas por el Parlamento como de las normas originadas en precedentes judiciales.**

Nino, se hace la siguiente pregunta ¿Por qué no decir que hay una sola regla de reconocimiento que prescribe aplicar las normas dictadas por los Parlamentos inglés y francés, viendo en consecuencia a los derechos de esos 2 países como un solo sistema jurídico?

Si fundamos nuestra respuesta a esta pregunta en **alguna circunstancia** que distinga un caso del otro, será esta circunstancia y **NO** la regla de reconocimiento lo que tenemos en cuenta para individualizar un SJ.

Si Hart admitiera que un SJ puede tener más de una Regla de Reconocimiento, entonces la individualización por medio de este criterio no podría ser posible; En el mejor de los casos habría que buscar **un elemento en común** que vinculara entre sí, y distinguiera de otras, a las reglas de reconocimiento de un mismo sistema; pero entonces **SERÍA ESE ELEMENTO EN COMÚN EL QUE SERVIRÍA PARA INDIVIDUALIZAR A UN SJ.**

Aquí Nino cita una crítica que Dworkin le hace a Hart, con respecto a su criterio de pertenencia.

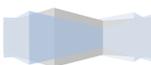
Dworkin sostiene que un SJ no está compuesto solo por reglas, sino también por principios.

Según este autor, los principios no podrían ser parte de un SJ si se aceptara la teoría de Hart de la Regla de reconocimiento, ya que esta regla identifica a las normas del sistema por su origen o fuente, y aquellos principios no son reconocidos por los jueces por derivar de cierta fuente con autoridad, sino porque **su contenido se considera válido, apropiado o justo.**

(Una larga e interesante crítica, pero no creo que entre en el examen, está en la página 125 de Nino si quiere leerla.)

## 5- **Criterio basado en el reconocimiento de los órganos primarios**

Joseph Raz y Alf Ross han insistido en que los criterios de individualización y pertenencia deben basarse no en la identidad de cierto órgano creador de normas (como pensaba Austin), ni en la individualización de cierta norma o regla primitiva (como sostienen Kelsen y Hart), sino **en los órganos que aplican esas normas a casos particulares. Es el reconocimiento por parte de esos órganos (jueces en sentido amplio) lo que parece ser decisivo para otorgar unidad a un grupo de normas y para predicar de una cierta norma que pertenece a ese conjunto unitario.**



Sin embargo, este enfoque plantea una serie de problemas:

- 1er PROBLEMA

Se corre el riesgo de caer en un círculo vicioso a la hora de **caracterizar a los órganos cuyo reconocimiento de una norma determina su pertenencia al sistema.**

Ross sostiene que el derecho está formado por las directivas que forman parte esencial de la fundamentación de las decisiones de los jueces, pero **al mismo tiempo para identificar a los jueces acude a las normas de competencia del sistema.**

Del mismo modo **Raz caracteriza a los órganos primarios**, cuyo reconocimiento de las normas determina su pertenencia al sistema, **como aquellos órganos facultados a adoptar decisiones con fuerza obligatoria.** El problema es que esa facultad, deriva de las normas del sistema; y para determinar qué individuos gozan de tal poder hay que determinar primero que normas pertenecen al sistema.

(Observación presentada en la tesis doctoral de Ricardo Caracciolo) “Si se exige que los órganos estén autorizados para decidir cuándo el uso de la fuerza está prohibido y permitido, para determinar cuáles son órganos primarios, habrá que recurrir a las normas, del sistema, y para determinar cuáles son las normas del sistema habrá que determinar si ellas son reconocidas por los órganos primarios”.

**(Nino) Para evitar este círculo vicioso** parece que habría que caracterizar a los órganos primarios NO como aquellos que están autorizados a declarar prohibidos o permitidos los actos de coacción, sino **los que de hecho pueden** (En el sentido fáctico de la palabra ‘poder’, no en el sentido normativo) **determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares**, es decir, quienes están efectivamente en condiciones de disponer que se ponga en movimiento el aparato coactivo del Estado.

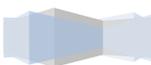
- 2do PROBLEMA

**¿Qué es lo que unifica en un mismo conjunto a diferentes órganos primarios, de tal modo que las normas que todos ellos reconocen formen parte del mismo sistema jurídico, y no formen parte de ‘ese’ sistema las normas que otros órganos primarios reconocen?**

Raz en primera instancia propone como criterio para formar los conjuntos de órganos primarios, el hecho de que **los órganos del mismo conjunto se reconozcan mutuamente la fuerza obligatoria o autoridad de sus decisiones.**

Pero este es un razonamiento insatisfactorio, es circular, ya que el reconocimiento de la fuerza obligatoria de las decisiones de otros órganos se funda en las normas del sistema. Además, las normas de un SJ suelen reconocer la fuerza obligatoria o autoridad de las decisiones de otros jueces de otro SJ en su ámbito de aplicabilidad territorial.

Raz evidentemente se vio obligado a recurrir a ese razonamiento porque insiste con su negativa a considerar a la coactividad como distintiva de los SJ.



(Nino) Si, en cambio, se considera una característica central del derecho el **regular el monopolio de la fuerza estatal**, una hipótesis plausible es que **lo que nos hace agrupar en el mismo conjunto a los órganos que reconocen las normas que consideramos, por eso, parte de un mismo sistema jurídico, es el hecho de que todos ellos recurren, directa o indirectamente, al MISMO APARATO COACTIVO PARA HACER CUMPLIR SUS DECISIONES.**

Si dos jueces recurren para efectivizar sus fallos a organizaciones armadas que no tienen entre sí ninguna vinculación orgánica o funcional, entonces las normas que esos jueces reconocen pertenecen a distintos SJ. (Cuando una unidad armada se quiebra, por ejemplo en una rebelión, se podría hablar de 2 SJ diferentes si los jueces efectivizan sus fallos en los 2 bandos)

- 3er PROBLEMA

El 3er problema consiste en **determinar las condiciones en que puede decirse que una regla es reconocida por tales órganos.**

Alf Ross dice que lo que debe exigirse es que la norma forme parte substancial del razonamiento que conduce a las decisiones judiciales. (Razonamiento obscuro)

Por otra parte; hay normas que uno está dispuesto a decir que son parte de un sistema aunque ningún órgano primario haya tenido oportunidad de aplicarlo; por ejemplo, una ley que acaba de ser sancionada o una regla que prevé condiciones de aplicación que no se han dado hasta el momento. Aquí es útil tomar las Reglas de Reconocimiento de Hart, una norma puede pertenecer al sistema no obstante no haber sido aplicada por los órganos primarios de ese sistema, si ella reúne las condiciones que definen la clase de normas que una práctica de reconocimiento del sistema prescribe aplicar (por ejemplo haber sido dictada por cierto parlamento).

---

Estos criterios de pertenencia e individualización nos permiten decir, **dos normas no derivadas pertenecen al mismo sistema jurídico cuando ellas son reconocidas** (sea directamente o a través de prácticas generales de reconocimiento) **por órganos que están en condiciones de disponer medidas coactivas recurriendo a la misma organización que ejerce el monopolio de la fuerza estatal.**

Por supuesto que la individualización de un orden jurídico basado en el reconocimiento de ciertas normas por parte de los órganos que tienen acceso al mismo aparato coactivo estatal, implica que el sistema cambia no sólo cuando se produce una modificación substancial en el aparato coactivo, sino también si cambian las normas primitivas que los órganos reconocen.

