

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

La cuestión de la validez de las normas ha sido siempre uno de los temas más controvertidos para la Teoría del Derecho. Tradicionalmente, desde posiciones positivistas se ha entendido que las normas válidas son las normas vigentes, es decir aquellas aprobadas por el órgano competente siguiendo el procedimiento adecuado. En contraste, la profesora Patricia Cuenca, sin abandonar el paradigma positivista, se adscribe a la idea de que la validez de las normas jurídicas viene determinada no sólo por requisitos formales, sino también por la presencia de contenidos materiales. Según esta posición, junto a la dimensión dinámica los sistemas jurídicos necesariamente presentarían una dimensión estática, y por tanto la forma más adecuada de comprender el Derecho sería entenderlo como un sistema normativo de tipo mixto.

A la vista de esta primera descripción podría pensarse que la autora está refiriéndose al Derecho del Estado constitucional donde, efectivamente, la validez cobra una nueva dimensión al no equipararse inmediatamente las normas vigentes a las válidas por encontrarse el poder legislativo sometido a los límites sustanciales (especialmente en forma de derechos fundamentales)<sup>1</sup> marcados por la Constitución. Sin embargo, la autora afirma que todos los Ordenamientos jurídicos modernos, y no únicamente los constitucionales, poseen una dimensión mixta porque todos incorporan la presencia de contenidos materiales que se manifiestan ineludiblemente al menos en el tránsito de las normas generales a las normas particulares. Así, la validez de las normas inferiores vendrá determinada, además de por la competencia del órgano que las emana, por el respeto al contenido sustancial de las normas superiores.

La tesis desarrollada en esta obra encuentra dos referencias constantes que son, por un lado, la teoría kelseniana y particularmente la construcción gradual del Ordenamiento jurídico, y, por otro lado, un enfoque sistemático y funcional del Derecho. El enfoque sistemático lleva a entender el Derecho en términos de conjunto normativo mínimamente organizado al que se le suelen atribuir las características de coherencia y plenitud. Además, la visión sistemática del fenómeno jurídico proporciona un importante criterio para entender la validez en términos de pertenencia al sistema. Por su parte, la visión funcional supone considerar el Derecho no como un fin en sí mismo, sino como una herramienta cuyo cometido principal es el control de los comportamientos humanos en sociedad.

Desde estas coordenadas, la obra recensionada está estructurada en cinco capítulos donde se presentan los argumentos en forma dialéctica, proporcionando una detallada aproximación a las cuestiones jurídicas oportunas a través de la descripción crítica de las diferentes teorías para propo-

---

<sup>1</sup> Sobre este punto pueden citarse destacadamente las obras de FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 2006 (5.ª ed.) y ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 2008 (8.ª ed.)

ner posteriormente una tesis propia que apoye el carácter mixto del sistema jurídico.

Así, en el primer capítulo se expone la dimensión dinámica del Ordenamiento jurídico a partir, fundamentalmente, de la teoría de Hans Kelsen. Es común entender, desde posiciones que se califican como «canónicas» que la teoría pura kelseniana implica rechazar la presencia de dimensiones materiales en las normas superiores del Ordenamiento o, cuanto menos, afirmar que su presencia resulta irrelevante para determinar la validez de las normas jurídicas. Sin embargo, para la autora una adecuada interpretación de la dicotomía kelseniana dinámico/estático lleva a tener en cuenta que la distinción entre sistemas normativos estáticos y dinámicos no es tan clara si tenemos en cuenta que podemos considerar al Derecho tanto desde una dimensión metodológica como desde una ontológica. Desde la dimensión metodológica, que cuestiona la viabilidad del sistema estático como modelo de razonamiento moral, el modelo de sistema dinámico sí que puede considerarse como exponente de la configuración estructural del Derecho. Pero desde una dimensión ontológica, por el contrario, se concluirá que cuando Kelsen expone la categoría de los sistemas estáticos en realidad tiene por objeto la crítica a la teoría iusnaturalista mediante la vinculación de los sistemas estáticos con los modelos de Derecho natural (el cual para él no es ciencia). Por lo tanto, la oposición estático/dinámico realmente no se orientaría a diferenciar los ordenamientos jurídicos de los morales, sino más bien a distinguir entre diferentes teorías del Derecho<sup>2</sup>.

A continuación se ofrece una versión alternativa a la tesis canónica, destinada a demostrar que la existencia de una dimensión estática en el Derecho y la relevancia de los contenidos materiales en la determinación de la validez de las normas jurídicas no está reñida con la visión positivista del Derecho. Por ello, la tesis alternativa se articula en torno a tres tesis centrales del positivismo jurídico. La primera es la *separación conceptual entre Derecho y moral* o, mejor, la separación entre el Derecho y una determinada concepción moral, que debe ser entendida en términos de independencia del Derecho respecto de la moral correcta y no respecto de cualquier moral. Una teoría pura «puede asumir sin problemas la presencia de dimensiones materiales en el sistema jurídico, lo que rechaza es que la calidad moral de tales contenidos resulte determinante a la hora de identificar el Derecho»<sup>3</sup>. Como reiteradamente se afirma a lo largo de toda la obra, defender la necesaria presencia de contenidos sustanciales en el sistema jurídico no significa necesariamente adoptar ninguna posición moral o política. La segunda tesis es la que afirma la *exclusividad del Derecho positivo*, que implica concebir el acto de creación jurídica como un acto mezcla de razón y voluntad. El hecho de que los contenidos materiales limiten la voluntad del órgano productor tampoco resulta contradictorio con el formalismo jurídico defendido por Kelsen. Y, en último lugar, la tercera tesis de la *autorregulación del Derecho* lleva a entender que la presencia de actos de decisión en el proceso de producción de todas las normas jurídicas no tiene por qué implicar la discrecionalidad abso-

---

<sup>2</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema normativo jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Madrid, Ed. Dykinson, 2008, p. 60.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 83

luta de las autoridades jurídicas, sino que perfectamente se pueden encontrar (al menos mínimamente) determinados por el contenido sustancial de las normas superiores.

El segundo capítulo presta una especial atención a la función de control social para justificar la necesaria presencia de una dimensión estática en cualquier Ordenamiento jurídico. La consideración funcional y sistemática del Derecho permite predicar de él una serie de características (la generalidad, la congruencia y la coherencia por la primera y la jerarquía normativa, la unidad y la plenitud por la segunda) que permitirán negar su carácter dinámico puro. La seguridad jurídica, la igualdad formal y el imperio de la ley como rasgos que le son propios al Derecho se plantean así como requisitos formales derivados de la necesaria funcionalidad del Derecho como sistema normativo orientado al control social. Es decir, si queremos que el Derecho sea un instrumento útil como guía de los comportamientos humanos en sociedad, no puede dejar de reunir este mínimo conjunto de características materiales, que se presentan como exigencias racionales que limitan la organización y la actuación del poder jurídico.

La misma idea es la que lleva a justificar la presencia de contenidos materiales en las normas generales mediante un argumento *a contrario*: un sistema jurídico en el que los contenidos materiales hagan su aparición exclusivamente en el nivel de las normas individuales (sin relación con las normas generales) no puede desarrollar eficazmente su función de regulación de los comportamientos sociales. El valor de la seguridad jurídica implica no sólo que los ciudadanos sepan a quién obedecer en cada momento, sino también qué comportamiento es lícito adoptar. Esto conduce a la autora a afirmar la necesidad de explicar el nexo normativo dinámico como una *conexión no exclusivamente formal* en base a que las normas presentan lo que se ha llamado una *bivalencia secuencial funcional*, ya que operan como reglas que orientan los comportamientos sociales de los ciudadanos y a la vez como pautas que indican mínimamente al juez en qué sentido debe resolver un conflicto.

Demostrado que no es incompatible la presencia de contenidos materiales en las coordenadas positivistas y que la presencia de estos contenidos es determinante para que el Derecho pueda cumplir su función de control social, en el tercer capítulo se describirá qué se entiende por sistema mixto. Los dos modelos mixtos que se analizan se construyen a partir de la relación entre dos criterios básicos que pueden dar cuenta de la pertenencia de las normas a un sistema normativo: legalidad y deducibilidad. La combinación de ambos criterios dará lugar a sendos modelos de sistema mixto: uno de operatividad conjunta y otro de operatividad disyuntiva. Según el modelo de operatividad conjunta, ambos criterios deben estar presentes al mismo tiempo para determinar la validez de una norma en un sistema mixto. Según el modelo de operatividad disyuntiva, en cambio, cualquiera de los dos criterios suponen una condición suficiente de pertenencia. El análisis que se realiza del modelo disyuntivo, matizándolo, atenuará las diferencias con respecto al modelo mixto propuesto, sobre todo en lo que respecta a la dimensión dinámica del Ordenamiento jurídico, llegándose a la conclusión de que el criterio de deducibilidad no puede operar de manera absolutamente independiente del criterio de legalidad. Así, encontraríamos la más clara formulación del modelo mixto en estas líneas: «toda autoridad normativa *x* del sistema, *x* es competente exclusivamente para emitir normas determinadas», entendiéndose por determinadas «todas aquellas normas que no

sean incompatibles con el contenido de normas superiores y, en última instancia, que no entren en contradicción con el contenido de la norma constitucional»<sup>4</sup>.

Es en sede interpretativa<sup>5</sup> donde se resolverá la exigencia de no contradicción que impone esa dimensión estática necesariamente presente en cualquier sistema jurídico. Por ese motivo en el cuarto capítulo se hablará de la interpretación como el *banco de pruebas* para la dimensión estática, pues será ella la que nos demuestre si es posible o no limitar desde un punto de vista sustantivo la actuación de las autoridades normativas. Como es sabido, en la doctrina no existe unanimidad, sino todo lo contrario, sobre la forma de concebir la interpretación, y ello debido que la comprensión de este fenómeno está directamente ligada a las diferentes comprensiones de lo jurídico. En el caso de la comprensión sistemática y funcional del Derecho adoptada en este trabajo, se requiere afirmar una mínima determinación de los enunciados jurídicos.

Se explican con detalle las dos grandes concepciones interpretativas: el concepto restringido o estricto, representado por la teoría cognitiva, que sostiene que, al ser los enunciados jurídicos totalmente determinados, la interpretación es necesaria únicamente en los supuestos de falta de claridad, y el concepto amplio, representado por la teoría escéptica, que sostiene que, al ser indeterminados los enunciados jurídicos, la interpretación es necesaria en todos los casos. El enfrentamiento entre estas dos concepciones (que en sus versiones extremas no son defendidas prácticamente por ninguna teoría) representa en realidad la polémica existente entre razón y voluntad. Es precisamente la conjugación entre estas dos dimensiones lo que pretende ligar la autora formulando una teoría ecléctica de la interpretación, que supone defender la tesis de una mínima o relativa determinación de los enunciados jurídicos. Desde esta posición ecléctica se asume una versión débil de la interpretación, que considera que el momento interpretativo es ineludible en cualquier operación jurídica, pero afirmando, a la vez, que el resultado normativo no depende únicamente de la voluntad del intérprete, ni tampoco de parámetros objetivos «que se puedan descubrir más allá de la norma», sino que la validez de estas decisiones interpretativas se encuentra condicionada por el sentido de los enunciados jurídicos que le sirven de referente. Así, se afirma que el criterio literal está presente en todas las operaciones de producción normativa y es prioritario respecto a los otros criterios interpretativos (a excepción hecha del criterio sistemático). El lenguaje en el que se expresa el Derecho debe considerarse al menos mínimamente determinado para que éste pueda tener operatividad como un instrumento de control de los comportamientos sociales. Por este motivo el papel del significado literal como vínculo positivo y negativo (como punto de partida y a la vez como límite) de las decisiones interpretativas es clave para entender la dimensión estática del sistema jurídico en la determinación de los criterios de validez de sus normas.

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 254-255.

<sup>5</sup> La judicial es la interpretación jurídica por excelencia; sin embargo, el trabajo no se refiere únicamente a ella. No obstante, es en el paso de las normas generales a las normas individuales (que realizan paradigmáticamente los jueces) es donde la dimensión estática está siempre presente en cualquier sistema jurídico.

Por último, el quinto capítulo se propone reflexionar sobre las consecuencias de las posibles vulneraciones del límite sustantivo marcado por el significado literal. En la práctica jurídica los límites materiales impuestos por las normas superiores a la creación de normas inferiores no son respetados en todos los casos; por eso, «para asegurar su funcionalidad, el Derecho debe contar con estas patologías, estableciendo mecanismos destinados a subsanarlas»<sup>6</sup>. En estos casos numerosos autores, entre ellos Kelsen, opinan que los criterios formales deben prevalecer sobre los materiales, sosteniendo la tesis del carácter «en última instancia» dinámico del sistema jurídico, la cual no cuestiona la existencia y la relevancia de los criterios materiales en la determinación de la validez de las normas jurídicas, pero sí cuestiona que *en última instancia* los criterios materiales tengan la misma importancia que los criterios formales. La autora analiza críticamente estas teorías ensayando con ellas una especie de *reductio ad absurdum* porque conllevan la quiebra del aspecto funcional del Derecho.

Sobre tales críticas se formulará la tesis que propone la comprensión del sistema jurídico desde el carácter *en última instancia* mixto, que sostiene que las dimensiones estáticas y dinámicas poseen la misma relevancia en la determinación final de la validez jurídica. Teniendo en cuenta que la praxis jurídica no sólo puede violar los límites materiales que las normas superiores imponen al ejercicio del poder jurídico, sino que también puede vulnerar los límites formales, el trabajo intenta aportar algunas claves que contribuyan a superar el problema de las normas irregulares al que se enfrenta la Teoría del Derecho. Según la autora, la solución pasa por considerar como normas inválidas a todas las normas irregulares. Las normas irregulares son normas vigentes porque existen empíricamente y de hecho son usadas, aplicadas y reconocidas como vinculantes por los operadores jurídicos «como si» fueran válidas. Por eso, el derecho sistemáticamente válido no es siempre el «Derecho que es», sino que en ocasiones es meramente el «Derecho que debe ser», y la teoría que manejamos no es más que una teoría descriptiva del funcionamiento regular del Derecho que no alcanza a explicar todo el universo de situaciones anómalas que en la praxis jurídica se pueden generar.

Por lo tanto, la concepción del Derecho como sistema mixto implica la existencia de dos grandes tipos de normas: las regulares y las irregulares. Estas últimas no son válidas, pero sí dan lugar a consecuencias que poseen apariencia jurídica cuando son obedecidas. Para justificar esta obediencia, la única vía coherente con la visión de lo jurídico mantenida en el trabajo consiste en considerar el papel de la aceptación que la sociedad expresa hacia el carácter institucionalizado de los órganos que deciden sobre la validez, siempre que su actuación se mantenga, con carácter general, dentro de los límites fijados por el Derecho. El Derecho, así, puede tolerar la presencia de normas irregulares, pero únicamente mientras que sean esporádicas y no pongan en juego los valores que sirven para su aceptación y para la eficacia general del Ordenamiento jurídico. Si fuera de otra forma, el Derecho dejaría de ser un instrumento racional de control social para convertirse en un conjunto de mandatos arbitrarios únicamente apoyados en el uso de la fuerza<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 455.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 569.

En definitiva, tras la lectura de esta obra es fácil estar de acuerdo con los premios académicos que recibió la valiente tesis doctoral que la antecede. La obra no sólo tiene un valor doctrinal que le hace merecer tales menciones, sino que también presenta un considerable valor formativo. El modelo mixto propuesto sin duda contribuye a aportar luz sobre uno de los más actuales y decisivos problemas de la Teoría del Derecho: no solamente cuándo debe considerarse una norma jurídica inválida sino qué tratamiento merecen las normas así calificadas dentro del Ordenamiento Jurídico.

José Antonio GARCÍA SÁEZ  
Universitat de València