

MUNDOS CONSTITUCIONALMENTE POSIBLES*

*José Juan Moreso***

1. La Constitución como pre-compromiso

Algunas veces los conjuntos de normas jurídicas son concebidos como conjuntos estructurados por la relación de *deducibilidad*. De esta forma se han contemplado los sistemas jurídicos como sistemas *estáticos*, esto es, como sistemas que contienen todas sus consecuencias lógicas. Sin embargo, es un hecho notorio que el derecho cambia a través del tiempo, que existen actos de creación (promulgación) y actos de eliminación (derogación) normativa. Se sostiene, en virtud de ello, que los sistemas jurídicos son sistemas *dinámicos*.¹ El criterio usado habitualmente para dar cuenta de la estructura dinámica de los sistemas jurídicos es el denominado criterio *genético* o de *legalidad* (Raz 1970, 183-185; Caracciolo 1988, 57-58). En virtud de tal criterio, una norma *N* pertenece a un sistema jurídico *SJ* si hay otra norma *N'*, perteneciente a *SJ*, que autoriza a un determinado órgano *O* la promulgación de *N* y *O* promulga *N*; y también, una norma *N* deja de pertenecer a un sistema jurídico *SJ* si hay otra norma *N'*, perteneciente a *SJ*, que autoriza a un órgano *O* la derogación de *N* y *O* deroga *N*.

Es obvio que la estructura genética de los sistemas jurídicos depende de la pertenencia a dichos sistemas de normas que *confieren poderes* o normas de *competencia*. En la literatura iusfilosófica se ha discutido ampliamente acerca de la naturaleza de dichas normas. La discusión tiene uno de sus puntos centrales en la cuestión relativa a si estas normas han de ser consideradas como reglas prescriptivas o como reglas conceptuales. Dicha cuestión no será explorada aquí. Bastará, para mis propósitos, con aceptar que, en muchos casos,

*Este trabajo formó parte del curso *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, que impartí en el VII Seminario Eduardo García Máynez- Programa de 1997, en septiembre de 1997, en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Quiero agradecer al coordinador del curso, Rodolfo Vázquez, y a los asistentes al seminario la hospitalidad que me dispensaron en mi estancia en México y la agudeza con que sometieron a crítica mis posiciones. El material usado en el curso se ha convertido en un libro: Moreso 1997.

** Universidad de Girona, España.

¹ Para la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos de normas puede verse Kelsen 1945, 131-132.

la pertenencia de una norma a un sistema jurídico determinado depende de la pertenencia de otra norma que confiere poderes a un órgano para promulgarla. Que esta norma sea considerada como una permisión (que autoriza la realización de determinado acto normativo) o una regla conceptual (que identifica como válidas las normas creadas en el ejercicio de determinada competencia) o de alguna otra manera (*e.g.* que obliga a comportarse de acuerdo a las normas creadas en el ejercicio de la competencia) no impide articular la noción de *cadena de normas* que aquí se precisa.

El criterio genético permite dar cuenta de la introducción y eliminación de las normas jurídicas mediante acciones normativas específicas. La promulgación y la derogación de normas producen un cambio de un sistema SJ_1 , a otro sistema SJ_2 y, dado que la identidad de un conjunto es una función de la identidad de su contenido, cada vez que su contenido es modificado se obtiene un conjunto diferente. Sin embargo, esta aproximación a la identidad de un sistema es inconsistente con otra intuición ampliamente difundida, que puede expresarse del siguiente modo: aunque el contenido del derecho cambia como consecuencia de la promulgación o derogación de normas, el sistema jurídico, *e.g.* el derecho español, mantiene su identidad a través del tiempo.

Para resolver este problema introduciré la distinción entre *sistema jurídico* y *orden jurídico* (Alchourrón y Bulygin 1976 y 1981, también Caracciolo 1988, Moreso-Navarro 1993a y 1993b). Los sistemas jurídicos son sistemas normativos momentáneos, y cada vez que una norma es promulgada o derogada por una autoridad competente se obtiene un sistema diferente. Los órdenes jurídicos son una secuencia de sistemas jurídicos. La identificación de un orden jurídico *OJ* requiere conceptualmente identificar el primer sistema de la secuencia (en adelante, el sistema originario, SJ_0), y otros sistemas SJ_1 , SJ_2 , SJ_3, \dots, SJ_n pertenecen a *OJ* si y sólo si satisfacen ciertos criterios de membresía, por ejemplo, la legalidad de las acciones normativas.

Los conceptos de sistema jurídico y orden jurídico pueden considerarse como una nueva formulación de la distinción, introducida por Raz (1970, 34-35), entre sistemas jurídicos *momentáneos* y sistemas jurídicos *no-momentáneos*. Sin embargo es importante destacar tres diferencias relativas a: (i) la pertenencia de los sistemas jurídicos al orden jurídico, (ii) la obligación de los jueces de aplicar las normas de un sistema jurídico y (iii) la relación de las nociones de orden jurídico y de sistema jurídico no-momentáneo con la noción de derecho estatal.

(i) Las relaciones lógicas entre sistemas momentáneos y sistemas no-momentáneos son caracterizadas ambiguamente por Raz (Raz 1970, 34-35, vd.

Bulygin 1982, 80). Por una parte, Raz afirma que los sistemas momentáneos *pertenecen* a los sistemas no-momentáneos. Por otra parte, también mantiene que los sistemas momentáneos son *subclases* de los sistemas no-momentáneos. Dado que las relaciones de *pertenencia* e *inclusión* entre conjuntos tienen una naturaleza lógica distinta (e.g. mientras la inclusión tiene la propiedad transitiva, la pertenencia no tiene dicha propiedad)², la distinción de Raz no aclara si los sistemas no-momentáneos deben considerarse sistemas de normas o bien conjuntos de sistemas de normas. De conformidad con la definición de orden jurídico y sistema jurídico, un sistema jurídico es un conjunto de normas y un orden jurídico es un conjunto de sistemas. Puesto que la relación de pertenencia no es transitiva, las normas jurídicas no pertenecen a ningún orden jurídico, los elementos de los órdenes jurídicos son sólo sistemas jurídicos (momentáneos).

(ii) Según Raz, un sistema momentáneo sólo contiene normas que los jueces tienen la obligación de aplicar (Raz 1980, 211). Sin embargo, la distinción entre sistema y orden no presupone que *todas* las normas del sistema son aplicables en un momento *t* determinado. Una norma puede pertenecer a un sistema y no ser aplicable (y que los jueces tengan la obligación de no aplicarlas. Así ocurre, por ejemplo, cuando una norma se halla en período de *vacatio legis*, dicha norma pertenece al sistema del momento *t* pero aún no es aplicable en *t*.

(iii) Los sistemas no-momentáneos de Raz parecen coincidir con el derecho de cierto Estado, e.g. con el derecho español. Sin embargo, la definición ofrecida de orden jurídico no nos compromete con este enfoque. Si los órdenes jurídicos son considerados como una secuencia de sistemas jurídicos, entonces es una cuestión abierta si coinciden o no con el derecho estatal. Por ejemplo, en muchos casos de cambios de sistema político los sistemas surgidos de una nueva Constitución no pertenecen al mismo orden que los sistemas antiguos. Aún así, pueden ser todos sistemas del mismo derecho estatal. Por ejemplo, si se acepta (y creo que hay buenas razones para aceptarlo) que el orden jurídico español surgido de la Constitución de 1978 configura un orden distinto al anterior, entonces los sistemas anteriores a 1978 no son parte del actual orden jurídico español; aunque eso no significa, obviamente, que el derecho español comience con la Constitución española de 1978.

Acabo de sugerir que el sistema jurídico originario de un orden jurídico determinado puede estar constituido por las normas de una determinada Consti-

² En Moreso-Navarro 1993b se analiza con más detalle dicha distinción y sus consecuencias para las relaciones entre sistemas momentáneos y no-momentáneos.

tución. Ahora bien, como la definición de orden jurídico propuesta es, en realidad, un esquema definicional que identifica cualquier sucesión de sistemas normativos a partir de un primer sistema, no se dan más argumentos para justificar la especial primacía de este sistema originario. Es, por así decirlo, una primacía resultante de las características definitorias del modelo.

Sin embargo, es legítimo interrogarse por la legitimidad de esa primacía cuando nos referimos a órdenes jurídicos vigentes. La explicación de la primacía a la que voy a referirme está sujeta a algunas restricciones: sólo se refiere a una explicación para aquellos órdenes jurídicos surgidos en contextos de democracia representativa. Esta restricción es debida a que el interés que guía este trabajo está situado en la interpretación de la Constitución en contextos de democracia representativa, como es el caso de la Constitución española de 1978. No se excluye que estrategias de explicación similares, *mutatis mutandis*, puedan ser halladas para constituciones en vigor en regímenes políticos no democráticos. Pero tal posibilidad no será analizada aquí.

En realidad, la democracia representativa, entendida ahora como un método de decisión mediante el voto de la mayoría, está en contradicción con la idea de primacía de la Constitución, entendida como restricción al conjunto de decisiones que pueden tomarse por mayoría. Es lo que ha sido conocido como *paradoja de la democracia* (Elster 1979, 159 y Holmes 1988, 222), de acuerdo con la cual: “Cada generación desea ser libre de atar a su sucesora, sin estar atada a sus predecesoras”.

J. Elster ha elaborado una analogía entre determinados mecanismos de lo que denomina *racionalidad imperfecta* –de carácter individual– y el caso de la paradoja de la democracia. El ejemplo usado por Elster es el de Ulises y las sirenas. Como es sabido, Ulises, sabiéndose débil para comportarse racionalmente al oír los cantos de las sirenas y queriendo realizar su deseo de oír dichos cantos, diseñó una estrategia consistente en hacer que sus marineros lo ataran al mástil de la nave y se taponaran los oídos con cera. Como Elster sostiene (1979, 66):

Ulises no era completamente racional, pues un ser racional no habría tenido que apelar a este recurso; tampoco era, sencillamente, el pasivo e irracional vehículo de sus cambiantes caprichos y deseos, pues era capaz de alcanzar por medios indirectos el mismo fin que una persona racional habría podido alcanzar de manera directa. Su situación –ser débil, y saberlo– señala la necesidad de una teoría de la *racionalidad imperfecta* que casi ha sido olvidada por filósofos y científicos sociales.

Este mecanismo de Ulises es un mecanismo de pre-compromiso, de *atar-se a sí mismo* y (Elster 1979, 71): “atarse a sí mismo es llevar a cabo cierta decisión en el tiempo t_1 para alimentar la probabilidad de llevar a cabo otra decisión en el tiempo t_2 ”.

Mecanismos de pre-compromiso son usados por los seres humanos en múltiples situaciones de debilidad de la voluntad: así en estrategias para dejar de fumar (e.g. pasar una temporada en un lugar donde no haya cigarrillos al alcance de uno), para adelgazar (e.g. no tener en casa, o en el lugar donde se pase la mayor parte del tiempo, los alimentos que uno más desea), etc. Atarse a sí mismo en estas situaciones consiste en excluir determinadas decisiones del futuro, para preservar una decisión del pasado que se valora positivamente.

La analogía con los mecanismos de decisión colectiva consiste en sugerir que también para las decisiones colectivas vale el pre-compromiso: excluir la posibilidad de tomar determinadas decisiones en el futuro para preservar contenidos especialmente valiosos.³ Así puede comprenderse la distinción, habitual en teoría política, entre el poder *constituyente* y el poder *constituido*. De nuevo en palabras de Elster:

A este respecto, una idea fundamental es la función de la *asamblea constituyente* que establece las reglas básicas que deberán seguir todas las generaciones posteriores. En realidad, sólo la asamblea constituyente es un actor político, en el fuerte sentido de la *politique politisante*; todas las generaciones (posteriores) están restringidas a la *politique politisée* o la cotidiana puesta en vigor de las reglas fundamentales. La nación puede atarse “a sí misma” (idea controvertida) mediante la asamblea constituyente, confiando ciertos poderes de decisión a la rama judicial, requiriendo que las reglas básicas sólo puedan ser cambiadas por una mayoría de dos tercios o tres cuartos, etc.

La idea de pre-compromiso se halla adecuadamente expresada en el ideal de la democracia constitucional. Determinadas materias (los derechos fundamentales, la estructura territorial del Estado, la división de poderes, etc.) quedan fuera de la agenda política cotidiana y, por lo tanto, del debate público y del debate legislativo—de la regla de la mayoría, que sólo vale para la agenda política del resto de cuestiones—.⁴

³ Elster (1979, pp. 151 y ss.) trae a colación determinados ejemplos procedentes de instituciones de la antigua Atenas.

⁴ Se trata de una idea que parece asumida en la actual teoría política. Véanse interesantes

Creo que ésta es una explicación suficiente de la primacía de la Constitución en las democracias constitucionales. Vale la pena observar que esta protección actúa adecuadamente en las constituciones rígidas, las constituciones flexibles sólo disfrutaban de un mecanismo de pre-compromiso de carácter procedimental (vd. Guastini 1991, 14-17).

El mecanismo del pre-compromiso no es una explicación *conceptual* de la primacía del sistema originario, sin embargo representa lo que podemos denominar una explicación *contextual* de ella. Pertenece a las *circunstancias* en que es posible referirse a la primacía de la Constitución, de forma semejante a como, por ejemplo, la escasez moderada pertenece a lo que pueden denominarse circunstancias de la justicia (Hume 1740, III.II.ii, Rawls 1971, 126-127). Estas circunstancias no son una explicación conceptual de la noción de justicia, pero constituyen el contexto donde dicha explicación debe ser producida.

En este trabajo, fundamentalmente de análisis conceptual, casi nada más se dirá de este punto. Sin embargo, su importancia merece ser subrayada pues no sólo determina el contexto en el que es posible analizar la primacía de la Constitución, sino que también es una circunstancia de la interpretación constitucional.

2. Mundos constitucionalmente posibles

El sistema originario de un orden jurídico determina el conjunto de secuencias de sistemas jurídicos posibles constitucionalmente adecuados. No sólo cualquier norma que se cree o elimine debe serlo de acuerdo con las normas del primer sistema o a otras creadas de acuerdo al primer sistema, sino que no pueden crearse válidamente normas contrarias a las normas de la Constitución, esto es, a las normas del sistema originario o a las normas de la Constitución ya reformada en alguno de los sistemas sucesivos. En este sentido, debe apreciarse que el término ‘Constitución’ es ambiguo: puede referirse sólo a la Constitución originaria –al sistema originario–, puede referirse a la Constitu-

desarrollos de esta idea en Rawls 1993, 151 y ss. y en Ackerman (1984, 1988, 1989).

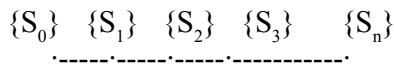
Caracciolo (1991) ha utilizado una idea semejante a ésta aplicada a los derechos individuales, para salir al paso de la denominada *paradoja liberal*.

Refiriéndose a la cuestión del conflicto entre protección de los derechos y democracia, Garzón Valdés (1994, 128) nos recuerda, como bello –aunque desgraciado, a la luz de la historia posterior– ejemplo histórico de pre-compromiso, el juramento que preveía la Constitución de Cádiz: ‘Y si en lo que he jurado o parte de ello, lo contrario hiciere, no debo ser obedecido; antes aquello en que contraviniere, sea nulo y de ningún valor’.

ción reformada –a la constitución en vigor–. En aras de la simplicidad, se supondrá en esta presentación que la Constitución nunca es reformada y que, por consiguiente, 'Constitución' se refiere siempre a la Constitución originaria, *i.e.* al sistema originario del orden.

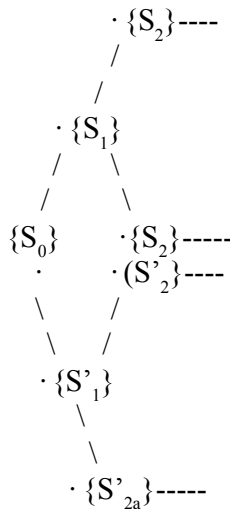
El contenido de las normas de cada sistema determina el contenido posible de las normas del sistema sucesivo. Esto es, las normas constitucionales constituyen lo que Kelsen (1960, 349-358) denominó un marco en el que pueden darse varias posibilidades. A partir del sistema originario es posible generar varias secuencias constitucionalmente adecuadas de sistemas jurídicos. La Constitución no determina una secuencia lineal de sistemas jurídicos:

DIAGRAMA 1



sino una secuencia en forma de árbol, que puede ser expresada así:

DIAGRAMA 2



El diagrama 2 debe ser comprendido de forma que a partir de cada sistema es posible generar no sólo dos sistemas sino muchos (posiblemente infinitos) sistemas. También debe ser claro que no cualquier sistema puede pertenecer

a una de las secuencias. El sistema originario restringe el ámbito de sistemas generables, pero cada elección realizada (cada acto de creación o eliminación normativa) restringe aún más el conjunto de secuencias que pueden generarse.

El diagrama 2 representa el conjunto de órdenes jurídicos *posibles* a partir de un sistema originario determinado. Sin embargo, si tomamos como referencia un momento t del pasado o del presente, entonces es posible reconstruir la secuencia de sistemas desde el momento inicial t_0 —correspondiente al sistema S ,— hasta como una secuencia lineal.⁵ De forma que el diagrama 1 representa lo que puede denominarse *orden jurídico real*, mientras el diagrama 2 esquema representa solamente los *órdenes jurídicos posibles*.

Tomando una idea procedente de la literatura filosófica relativa a los mundos posibles⁶, es posible distinguir entre el mundo jurídico *real* o *actual* y los mundos jurídicos posibles y, además, definir una relación entre mundos, la relación de *accesibilidad*, de acuerdo a la cual (y en virtud del diagrama 2) mientras $\{S_2\}$ es accesible desde $\{S_1\}$ no lo es desde $\{S'_1\}$.

En realidad, la idea es algo más compleja. Los sistemas no son mundos, sino conjuntos de normas cerrados bajo la relación de consecuencia lógica. Los mundos que corresponden a cada sistema son aquellos mundos posibles que lo hacen eficaz. No hay aquí algo como el mundo *actual*, puesto que éste improbablemente será un mundo jurídico —debería para ello ser un mundo que hace eficaz todas las normas de un sistema determinado—. Ahora bien, el mundo (posible) que sirve de referencia es aquél que hace eficaz al sistema originario de un orden determinado. A partir de él, se construye la relación de accesibilidad. Denominaré *mundos constitucionalmente posibles* a aquellos mundos que pueden generarse a partir de la Constitución, *i.e.* del sistema originario.

El caso más patente de *mundo constitucionalmente imposible* es aquél que se corresponde a algún sistema que contiene una norma en contradicción con alguna de las normas de la Constitución. Así, si la Constitución contiene

⁵ Aún así es preciso hacer una salvedad. Algunas veces el resultado de un acto de derogación deja indeterminado el conjunto de normas objeto de la eliminación y, por lo tanto, también el conjunto de normas resultante. En este supuesto tampoco es posible reconstruir el orden jurídico como una secuencia lineal de sistemas jurídicos. Se trata de la denominada *indeterminación lógica de los sistemas jurídicos* (vd. Alchourrón y Bulygin 1979, 1981). Sin embargo, este problema no será abordado aquí.

⁶ Dicha analogía no tiene porqué comprometernos con una ontología realista de los mundos posibles, como quiere Lewis 1973, 88; es posible articular una aproximación menos comprometida ontológicamente para los mundos posibles, una forma de hablar de cómo podríamos concebir el mundo siendo diferente de lo que ahora es (vd. Kipke 1971).

tina norma que prohíbe la aplicación de la pena de muerte como sanción penal (como hace el art. 15 de la Constitución española)⁷, entonces cualquier sistema que contenga una norma que prescriba o autorice la aplicación de la pena de muerte se corresponde con un mundo constitucionalmente imposible, i.e. dicha norma no pertenece a ningún sistema de la secuencia originada en esa Constitución.

Ahora bien, no sólo quedan excluidos aquellos sistemas que contienen normas inconsistentes con determinadas normas constitucionales. También quedan excluidos aquellos sistemas que contienen normas con determinada constelación de casos genéricos, quedan excluidas determinadas combinaciones de propiedades. A explicar esta idea va dedicado el siguiente epígrafe.

3. Tesis de accesibilidad constitucional

Empezaré con un caso: el Tribunal Constitucional español tuvo la oportunidad de pronunciarse en STC 222/1992 sobre la constitucionalidad del art. 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos entonces en vigor, que establecía el derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento del cónyuge superviviente del inquilino titular “que con aquél hubiese convivido habitualmente en la vivienda”. Este derecho era, en cambio, negado al superviviente de una unión de hecho. Se suscitaba la cuestión de si esta relación vulneraba el principio de igualdad, al tratar de modo diferente (al atribuir diversa consecuencia normativa), respecto a la facultad de subrogarse, al cónyuge superviviente y, al superviviente de una unión de hecho. La respuesta del Tribunal fue afirmativa y, por lo tanto, procedió a declarar la inconstitucionalidad del precepto enjuiciado en la medida en que excluía del beneficio de la subrogación arrendaticia a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido.⁸

Debe apreciarse que no parece que la Constitución española exija que el legislador conceda el derecho de subrogación en tales supuestos.⁹ Esto es, es

⁷ Con la excepción de lo que dispongan las leyes militares para tiempo de guerra.

⁸ Véase al respecto el iluminador trabajo de Ferreres 1994. Por otra parte, no se discutirá aquí la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 184/1990, 20/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991, 77/1991, 29/1992) según la cual es constitucional la decisión legislativa de otorgar una pensión de viudez al cónyuge del fallecido y, en cambio, denegarla al conviviente de hecho.

⁹ Alguien podría argumentar que lo exige el derecho a una vivienda digna (del art. 47), pero no cabe duda que tal derecho puede ser garantizado de otras maneras. El legislador puede decidir que es un objetivo político deseable no poner demasiadas trabas al mercado de alquileres y, además, disponer otras medidas que garanticen el acceso a la vivienda de todos (a través de subsidios en determinados casos o de otras formas).

constitucionalmente posible un mundo jurídico en donde no exista el derecho de subrogación. Lo que no parece posible, de acuerdo con la decisión del Tribunal, es un mundo jurídico en donde haya diversas consecuencias normativas para estos dos casos genéricos. Se excluye determinada combinación de las propiedades relevantes del caso.

Alchourrón y Bulygin (1975, cap. 6) analizan determinados rasgos de los universos de casos que nos serán aquí de utilidad.

En el universo del discurso (UD) constituido por los supuestos de muerte del titular del contrato de arrendamiento y en relación al universo de acciones (UA) constituido por la única acción de subrogarse en el contrato de arrendamiento a la muerte del inquilino titular, el artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos considera *relevantes*¹⁰ solamente dos propiedades (su universo de propiedades, UP, tiene dos elementos): el matrimonio (M) y la convivencia *more uxorio* (C). A partir de este universo de propiedades relevantes se genera un universo de casos (UC) relevante.¹¹ Estos casos (genéricos) deben ser caracterizados de forma que puedan tener a determinados casos individuales como instancias. Por esa razón, es preciso que las combinaciones de propiedades que definen un caso genérico cualquiera no sean tautológicas ni contradictorias. Para este fin, las propiedades seleccionadas (M y C en nuestro ejemplo) deben reunir algunas condiciones:

a) Los elementos del universo de propiedades deben ser lógicamente independientes. Dos propiedades son lógicamente independientes si y sólo si la presencia de alguna de ellas en un caso individual es compatible tanto con la presencia como con la ausencia de la otra en el mismo caso individual.

En nuestro ejemplo, las tres propiedades cumplen este requisito. Semproña (la inquilina titular fallecida) puede haber estado casada con Ticio y haber convivido *more uxorio* con él, puede haber estado casada con él y no haber convivido *more uxorio* con él, puede no haber estado casada y haber convivido *more uxorio* con él y, por fin, puede no haber estado casada con él ni haber convivido *more uxorio* con él.

b) Los elementos del universo de propiedades deben ser lógicamente independientes de las conductas del universo de acciones.

¹⁰ Una propiedad P es *relevante* para un determinado caso C de un universo de casos UC y en relación a un determinado sistema normativo S y a un determinado universo de acciones UA si y sólo si el caso C y su caso complementario con respecto a P (esto es, el caso en que siendo iguales todas las demás propiedades, la propiedad P está ausente en él) en el UC tienen diferente status normativo en relación a S y al UA.

¹¹ Esta no es la única forma de generar un universo de casos (vd. Alchourrón y Bulygin 1975, 56-57), pero al ser la más común, es la que usaremos ahora.

En el caso de nuestro ejemplo, el matrimonio y la convivencia son claramente independientes de la facultad de subrogarse en el contrato de alquiler.

c) Por último, el universo de propiedades y el universo del discurso deben ser dos universos correspondientes: cada uno de los elementos (casos individuales) del universo del discurso puede tener cada una de las propiedades del universo de propiedades.

Es fácil apreciar que también este requisito es cumplido por las propiedades del ejemplo en cuestión.

Ahora es posible definir la noción de *caso elemental* como aquél caracterizado por la conjunción de todas las propiedades del UP o sus negaciones. Entonces, es posible construir un universo de casos elementales a partir de las propiedades que sea una *partición* (o *división*), es decir, que cumpla con los tres requisitos siguientes: i) que ninguna de las propiedades defina una clase vacía, ii) que las clases definidas por las propiedades sean lógicamente excluyentes (que ningún caso individual sea una instancia de más de un caso genérico) y iii) que las combinaciones de propiedades sean lógicamente disyuntas (que cada caso individual pertenezca a alguno de los casos genéricos) (vd. Moreso 1995).

El UP de nuestro ejemplo es $\{M, C\}$ y el UC elementales se genera de la siguiente forma: si n es el número de propiedades ($n = 2$, en nuestro ejemplo) 2^n es el número de casos elementales (en nuestro supuesto $2^2 = 4$). Estos son los cuatro casos en nuestro ejemplo:

TABLA 1

	M	C
1) $M \wedge C$	+	+
2) $M \wedge \neg C$	+	-
3) $\neg M \wedge C$	-	+
4) $\neg M \wedge \neg C$	-	-

De conformidad con la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos, el caso 1) estaba correlacionado con la solución normativa siguiente: facultativo subrogarse en el contrato de alquiler (Fs); los casos 2), 3) y 4) estaban correlacionados con la solución que prohibía subrogarse en dicho contrato (Phs). Esto es,

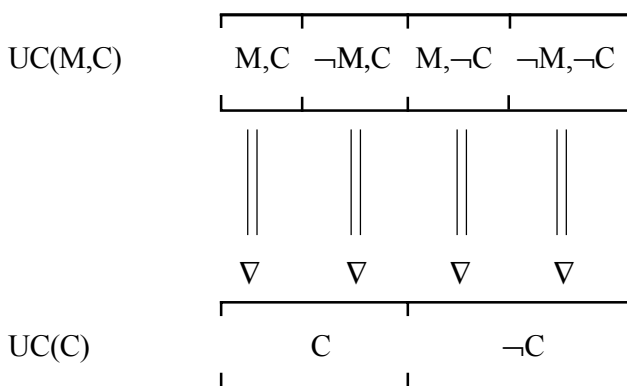
TABLA 2

	M	C	
1) $M \wedge C$	+	+	Fs
2) $M \wedge \neg C$	+	-	Pbs
3) $\neg M \wedge C$	-	+	Phs
4) $\neg M \wedge \neg C$	-	-	Phs

Sin embargo, no es éste el único universo de casos que puede construirse con las dos propiedades a las que me he referido. Cualquier número de propiedades y sus negaciones pueden dar lugar a una división. Así resultarán distintos universos de casos según las propiedades que sean tenidas en cuenta. Puede ser tomada en cuenta, en nuestro caso, sólo una de las propiedades y su negación o ambas. Así tenemos tres posibles universos de casos. En primer lugar, el universo de casos generado a partir de la propiedad M y su negación: UC(M). En segundo lugar, el universo de casos generado a partir de la propiedad C y su negación: UC(C). Por último, el universo de casos generado por ambas propiedades y sus negaciones: UC(M,C).

Siguiendo a Alchourrón y Bulygin (1975, 146) denominaré *amplitud* de un universo de propiedades al número finito n de las propiedades de un determinado UP. Como todo universo de casos es una función de un UP, el número n no sólo mide la amplitud del UP, sino también el *nivel* del correspondiente UC. Siguiendo con nuestro ejemplo, es interesante apreciar las relaciones que hay entre un UC de nivel 1, el UC(C) y un universo de casos de nivel 2, el UC(M,C). Podemos representarlo en el siguiente diagrama:

DIAGRAMA 3



El diagrama 3 muestra las relaciones de implicación lógica entre los casos de los universos de casos $UC(M,C)$ y $UC(C)$. $UC(M,C)$, puede decirse, es un universo de casos *más fino* que $UC(C)$. En general (Alchourrón y Bulygin 1975, 148),

Se dice que una división D_1 es *más fina* que una división D_2 si y sólo si todo elemento de D_1 implica lógicamente algún elemento de D_2 y hay, por lo menos, un elemento de D_1 que no está implicado por ningún elemento de D_2 .

La relación de ser *más fino* sigue la dirección de la flecha, en el sentido que el UC del que la flecha parte corresponde a un UP más fino que el UC al que la flecha se dirige.

Alchourrón y Bulygin (1975, 149-152) han mostrado también determinadas relaciones lógicas entre los universos de casos de acuerdo con la *finura* de sus UP correspondientes. Así, si un sistema normativo α determinado es completo respecto a un UC_i , entonces será también completo respecto de todos los UC que sean más finos que UC_i . En cambio, el que un sistema normativo α sea completo respecto de un UC_i no implica que sea también completo en relación a UC menos finos que UC_i .

Por otra parte, si un sistema normativo α es coherente respecto a un UC_i , entonces es también coherente en relación a UC menos finos que UC_i . Ahora bien, si un sistema normativo es incoherente en relación a un UC_i , entonces es también incoherente en relación a los UC más finos que el UC_i .

Esto es, mientras la completud se hereda de abajo hacia arriba, de universos de casos menos finos a más finos; la coherencia se hereda de arriba hacia abajo, de universos de casos más finos a menos finos.

Regresando a nuestro ejemplo, en el universo de casos $UC(M,C)$, que es el contemplado por la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos, son relevantes las propiedades M y C. Tanto respecto a M como respecto a C, existe algún caso en que dichas propiedades son relevantes—dicho caso y su complementario tienen diferente status normativo—.

Podemos denominar (siguiendo de nuevo a Alchourrón y Bulygin 1975, 154) *tesis de relevancia* de un determinado sistema normativo y para cierto universo de acciones a la proposición que identifica el conjunto de las propiedades relevantes en relación a dicho sistema y dicho universo de acciones. Para el sistema representado en la Tabla 2, la tesis de relevancia identifica el siguiente conjunto de propiedades $\{M,C\}$.

Una forma de comprender la STC 222/1992 es sostener que el principio de igualdad requiere que el UC relativo al derecho de subrogación sea *menos fino* que el contemplado por el legislador de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos. Así, aunque el legislador puede dar la solución normativa que considere oportuna al hecho de la convivencia *more uxorio* en relación al derecho de subrogación, lo que no puede (en el sentido de que carece de competencia para ello, se trata de un mundo constitucionalmente imposible) es dar al matrimonio el carácter de propiedad relevante en relación al derecho de subrogación.¹²

Por lo tanto, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 58.1 de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos debe entenderse como la declaración de que el universo de casos UC(M,C) tiene una excesiva finura y está, en este sentido, excluido por la Constitución. Es necesario tomar el universo de casos menos fino UC(C). Sin embargo, dado que la completud no se hereda de casos más finos a menos finos (es más, un sistema coherente y completo respecto a un UC necesariamente es incompleto respecto a un UC menos fino, Alchourrón y Bulygin (1975, 155)) en el UC(C) aparece una laguna. El caso $\neg C$ (vd. Diagrama 3) aparece regulado con la solución normativa “prohibido subrogarse” (Phs), puesto que M es irrelevante en el caso $\neg C$, i.e. el caso M, $\neg C$ y el caso $\neg M$, $\neg C$ tienen la misma solución normativa. Sin embargo el caso C aparece ahora como una laguna normativa. M sí es relevante respecto a C, puesto que su presencia o ausencia determina en el UC(M,C) que esté facultada o no la subrogación. Por lo tanto, en el UC(C), el caso C carece de solución normativa. Ésta es la razón por la cual el Tribunal Constitucional debe proceder a llenar la laguna y la sentencia STC 222/1992 es una sentencia *creadora* de derecho: correlaciona la solución normativa “facultativo subrogarse” al caso de convivencia *more uxorio* entre el arrendatario después fallecido y su pareja de hecho.¹³

¹² El Fundamento Jurídico 6º lo dice con estas palabras, “la radicalidad de la medida supondría coartar irrazonablemente la autonomía de la voluntad del hombre y de la mujer que deciden convivir *more uxorio*”. De hecho, la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (en su art. 16.1) concede el derecho de subrogación en caso de muerte del arrendatario tanto al cónyuge que hubiera convivido con el arrendatario cuanto a “la persona que hubiera convivido con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge...”.

¹³ La doctrina constitucional italiana ha denominado *sentenze additive* a este tipo de sentencias (vd. Guastini 1993, 313). Una idea análoga a esta, en el estudio de los casos constitucionales, puede verse en Guastini 1995, 157-176 y Parodi 1996.

Resulta así que la Constitución determina no sólo que ciertas soluciones normativas quedan excluidas sino también que ciertos universos de casos (con determinada finura) quedan excluidos.

Por otra parte, no sólo es posible que los universos de casos construidos por el legislador sean demasiado finos, que el legislador haya realizado demasiadas distinciones, sino que los universos de casos construidos por el legislador pueden ser poco finos, que el legislador haya realizado distinciones insuficientes. Para analizar este nuevo supuesto es conveniente introducir otro sentido en el que puede decirse que determinada propiedad es *relevante*. Puede distinguirse entre el sentido *descriptivo* de ser relevante y su sentido *prescriptivo* (Alchourrón y Bulygin 1975, 154-157). Decir que una propiedad es relevante en sentido descriptivo es afirmar que determinado estado de cosas existe, que determinado caso y su complementario tienen diferente status normativo. Decir que una propiedad es relevante en sentido prescriptivo es afirmar que determinado estado de cosas *debe* darse, que un caso y su complementario *deberían* tener diferente status normativo.

De forma similar a como denominábamos *tesis de relevancia* a la proposición que identifica el conjunto de propiedades relevantes en relación a un universo de acciones, podemos denominar *hipótesis de relevancia* (Alchourrón y Bulygin 1975, 154) a la proposición que identifica el conjunto de propiedades que *deben ser* relevantes para un universo de acciones. Como sabemos que la completud se hereda de universos de casos más finos a menos finos, si un universo de propiedades relevante es completo entonces todos los universos más finos que él también serán completos. Sin embargo, los juristas también suelen hablar de lagunas cuando el legislador no tuvo en cuenta determinada propiedad que *debería ser* relevante, de acuerdo a determinada hipótesis de relevancia. Esto es, cuando consideran que determinada solución es inadecuada porque no tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en cuenta.

Debe advertirse que la hipótesis de relevancia supone la adopción de un criterio *axiológico* mediante el cual se establece la relevancia de determinadas propiedades. No voy a referirme aquí al carácter subjetivo u objetivo de estos criterios, sin embargo las constituciones suelen postular determinados valores de los cuales es posible extraer criterios que conviertan en inadecuadas determinadas tesis de relevancia usadas por el legislador.

Así sucede en la Constitución española, en mi opinión, con el valor de dignidad de la persona (art. 10), con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y con la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 15) en relación con

la regulación que el Código Penal en vigor hasta el 25 de mayo de 1996 daba a los supuestos de eutanasia en su art. 411. Para este Código Penal, el consentimiento de la víctima prestado en los supuestos de enfermedad terminal o de graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar es irrelevante. Más aún, el denominado auxilio ejecutivo al suicidio está castigado con la misma pena que el homicidio, con lo que en los casos de dar muerte a otro (sin las circunstancias agravantes del asesinato), el consentimiento es siempre irrelevante.

Podría sostenerse que los valores constitucionales exigen al legislador que tome en cuenta para dichos supuestos el consentimiento.¹⁴ Si se aceptara esta exigencia, entonces el UC del Código Penal vigente referido al universo del discurso de causar la muerte de otro sería poco fino. La Constitución exigiría un UC más fino, como el del Código Penal recientemente promulgado (vd. nota anterior). Si el Tribunal Constitucional hubiera tenido ocasión de pronunciarse sobre ello y hubiera aceptado el anterior razonamiento, se habría hallado ante un supuesto de tesis de relevancia legislativa poco fina. Al usar una hipótesis de relevancia constitucionalmente adecuada, habría tenido que proceder a una *creación* de derecho, dando una nueva solución normativa (atenuando o eliminando la pena) al supuesto de eutanasia.

Aunque el legislador del viejo Código Penal reguló el supuesto de eutanasia, lo reguló de forma inadecuada desde el punto de vista constitucional. Por esa razón, no ocurre ahora como en el anterior ejemplo en el que nos hallábamos ante una laguna normativa para el UC menos fino pero constitucionalmente adecuado, sino que el UC más fino que el usado por el legislador dispone de solución para el caso, pero es una solución inadecuada.

Alchourrón y Bulygin (1975, 158-161) denominan a los supuestos como éste lagunas *axiológicas* y definen esta noción de la siguiente forma:

Un caso C_i de un UC es una *laguna axiológica* del sistema normativo α en relación a un UA =_{df.} el caso C_i está solucionado para α y existe una propiedad P tal que p *debe ser* relevante para C_i (de acuerdo con una determinada hipótesis de relevancia) y P es irrelevante para α en relación a UA.

¹⁴ De hecho, el nuevo Código Penal (Ley Orgánica 10/1995) castiga con una pena menor (de seis a diez años, art. 143.3) el auxilio ejecutivo al suicidio que el homicidio (de diez a quince años, art. 138) y con una todavía menor (la inferior en uno o dos grados a la del art. 143.3, art. 143.4) al “que causare... la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar...”.

Es decir, un universo de casos UC_i puede ser inadecuado constitucionalmente por estar generado por una tesis de relevancia demasiado fina o por una tesis de relevancia poco fina. En el primer caso, se genera una *laguna normativa* para el UC menos fino que UC_j , pero constitucionalmente adecuado. En el segundo caso, se genera una *laguna axiológica* para el UC más fino que UC_j , pero constitucionalmente adecuado.

De hecho, estas dos situaciones se corresponden con las descritas por Alchourrón y Bulygin (1975, 160) como situaciones en las que la tesis de relevancia y la hipótesis de relevancia son distintas pero comparables:

Situación I: La hipótesis de relevancia es más amplia que la tesis. Esto significa que existe por lo menos una propiedad que debe ser relevante y que no lo es para el sistema, y que el universo de casos de la hipótesis de relevancia es más fino que el universo de casos relevantes.

En esta situación existe por lo menos un caso de laguna axiológica. (Como en el supuesto de la eutanasia).

Situación II: La hipótesis de relevancia es menos amplia que la tesis. Esto quiere decir que existe por lo menos una propiedad relevante que no debe serlo y que el UC de la hipótesis es menos fino que el UC relevante. Aquí el legislador—en vez de pasar por alto una distinción—ha hecho demasiadas distinciones. Ello trae como consecuencia que algunas soluciones son injustas, pero este caso no es una laguna axiológica.

(Así sucede en el ejemplo del derecho de subrogación en la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos).

Así, puede apreciarse que la Constitución determina la amplitud de los universos de casos que el legislador puede generar. La Constitución impone, para determinadas soluciones normativas, determinadas hipótesis de relevancia. Si las tesis de relevancia usadas por el legislador difieren de las hipótesis constitucionalmente adecuadas, el legislador da lugar a mundos constitucionalmente imposibles.

Llamaré *tesis de accesibilidad constitucional* de un sistema jurídico SJ para un determinado universo de acciones UA_i , a la proposición que identifica el conjunto de propiedades que *son* constitucionalmente relevantes en relación a SJ para UA_j , o lo que es lo mismo, a la proposición que identifica el conjunto de propiedades que *deben ser* relevantes para el legislador en relación a SJ para UA_j .

Sin embargo, la satisfacción de la tesis de accesibilidad constitucional sólo constituye una *condición necesaria* de adecuación constitucional de los sistemas jurídicos. Es posible que un sistema jurídico satisfaga la tesis de accesibilidad constitucional y sea constitucionalmente imposible, puesto que aunque sean relevantes todas las propiedades que deben serlo, puede que no correlacione todos los casos con aquellas soluciones constitucionalmente exigidas (como ocurriría en el caso de la pena de muerte considerado en el epígrafe anterior). En este último supuesto, el mundo resultante será constitucionalmente imposible porque hay alguna antinomia normativa entre las soluciones normativas previstas por la Constitución y las soluciones normativas establecidas por el legislador infraconstitucional.

Alchourrón y Bulygin (1975, 157) generalizan ambas posibilidades de la siguiente forma:

Generalizando, pues, podemos decir que un sistema normativo puede ser considerado axiológicamente inadecuado (injusto) para un UA por dos razones: 1. Por no adecuarse a la hipótesis de relevancia, es decir por elegir “mal” los casos, o 2. Por no correlacionar los casos con aquellas soluciones con las que debe correlacionarlos, es decir, por solucionar “mal” los casos correctamente elegidos. Como es obvio, los dos defectos no son incompatibles: un sistema puede también solucionar mal, casos mal elegidos.

Adaptando estas consideraciones a las relaciones entre la Constitución y la legislación infraconstitucional, puede decirse que un sistema normativo es constitucionalmente adecuado respecto a determinado UA por dos razones: 1) por no adecuarse a la tesis de accesibilidad constitucional y 2) por asignar determinadas soluciones normativas a determinados casos de forma inconsistente con las soluciones determinadas constitucionalmente.

Puede, entonces, decirse que:

Un mundo es *constitucionalmente imposible* en relación a determinado UA de ese mundo si y sólo si: 1) o bien su universo de casos relevante no se adecúa a la tesis de accesibilidad constitucional, 2) o bien alguna de sus soluciones normativas es inconsistente con las soluciones previstas por la Constitución.

4. Conclusiones

(1) La Constitución, el sistema originario de un orden jurídico, determina un conjunto de secuencias de sistemas jurídicos. De esta forma divide los sistemas jurídicos posibles en dos conjuntos: sistemas jurídicos constitucionalmente posibles y sistemas jurídicos constitucionalmente imposibles o excluidos.

(2) Una explicación contextual de esta especial primacía del sistema originario puede hallarse, para las democracias constitucionales, en el mecanismo de racionalidad colectiva del pre-compromiso. La autoridad que crea la Constitución “ata las manos” a las autoridades siguientes. La autoridad constitucional es como una persona sobria atando las decisiones subsiguientes de esa misma persona ebria (Holmes 1988, 197).

(3) Es importante destacar que los mundos jurídicos siguientes a la Constitución originaria no sólo pueden resultar excluidos por establecer soluciones normativas para algunos casos de forma inconsistente con el sistema originario, sino también por seleccionar los casos de inadecuada, por no satisfacer lo que he denominado la tesis de accesibilidad constitucional.

Bibliografía

- ACKERMAN, Bruce (1984), "The Storrs Lectures: Discovering the Constitution" en *Yale Law Journal*, 93, 1013-1072.
- ACKERMAN, Bruce (1988), "Neo-Federalism?" en Elster-Slagstad (eds.), (1988), 153-194.
- ACKERMAN, Bruce (1989), "Constitutional Politics/Constitutional Law" en *Yale Law Journal*, 99, 453-547.
- ACKERMAN, Bruce (1991), *We the People. Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio (1975), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- ALCHOURRÓN, Carlos, BULYGIN, Eugenio (1976), "Sobre el concepto de orden jurídico" en *Crítica*, 8, 3-21.
- ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio (1979), *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia-Venezuela, Universidad de Carabobo.
- ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio (1981), "The Expressive Conception of Norms" en R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht, Reidel, 95-121.
- BULYGIN, Eugenio (1982), "Time and Validity" en A.A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, Amsterdam, North Holland, 65-82.
- CARACCILO, Ricardo (1988), *Sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- CARACCILO, Ricardo (1991), "Derecho y decisiones colectivas" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10, 25-48.
- ELSTER, John (1979), *Ulises y las sirenas*, trad. de J.J. Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (eds.) (1988), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- FERRERES COMELLA, Víctor (1994), "El principio de igualdad y el 'Derecho a no casarse (A Propósito de la STC 222/1992)' " en *Revista española de derecho constitucional*, 42, 163-196.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1994), "Instituciones suicidas" en *Isegoría*, 9, 64-128.

- GUASTINI, Ricardo (1991), *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- GUASTINI, Ricardo (1993), *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè.
- GUASTINI, Ricardo (1995), *Il giudice e la legge*, Torino, Giappichelli.
- HOLMES, Stephen (1988), "Precommitment and the Paradox of Democracy" en Elster-Slagstad (eds.), (1988), 195-240.
- HUME, David (1740), *A Treatise of Human Nature*, L.A. Selby-Bigge ed., Oxford University Press, 1978.
- KELSEN, Hans (1945), *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- KELSEN, Hans (1960), *Teoría pura del derecho*, trad. de la 2ª ed. alemana de R. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.
- KRIPKE, Saul (1971), "Identity and Necessity" en M.K. Munitz (ed.), *Identity and Individuation*, New York University Press, 135-164.
- LEWIS, David (1973), *Counterfactuals*, Oxford, Basil Blackwell.
- MORESO, José Juan (1995), "La construcción de los conceptos en la ciencia jurídica" en *Anuario de filosofía del derecho*, 12, 363-385.
- MORESO, José Juan (1997), *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo (1993a), *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo (1993b), "Some Remarks on the Notions of Legal Order and Legal System" en *Ratio Juris*, 6, 48-63.
- NINO, Carlos S. (1992), *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea.
- PARODI, Gianpaolo (1996), "Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale" en Paolo Comanducci-Riccardo Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 87-115.
- RAWLS, John (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- RAWLS, John (1993), *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press.
- RAZ, Joseph (1970), *The Concept of a Legal System*, Oxford University Press.