

La dinámica jurídica de Jorge L. Rodríguez. ¿Dios o el diablo se esconde en los detalles?

The Legal Dynamics of Jorge L. Rodríguez. Is God or Devil Hidden in the Details?

Sebastián Agüero-SanJuan

Universidad Austral de Chile, Chile

sebastian.aguero@uach.cl

Resumen: Este artículo inicia con una esquemática revisión de las ideas centrales del capítulo V “La dinámica del derecho” del libro *Teoría Analítica del Derecho* de Jorge Rodríguez, para luego cuestionar algunas afirmaciones que, a mi modo de ver, no siempre tienen una justificación evidente, explícita o satisfactoria. De esta manera, específicamente, el artículo se centra en: (i) mostrar cómo las propuestas de Rodríguez constituyen un desarrollo adicional o sofisticación de los planteamientos formulados por C. Alchourrón y E. Bulygin; (ii) evidenciar cómo en sus aspectos generales esta sofisticación es adecuada y difícilmente refutable (aunque no imposible); y (iii) resaltar cómo algunas afirmaciones claves en el desarrollo del texto no siempre están acompañadas de una adecuada fundamentación. Por ello, si bien Jorge nos entrega su propia visión de la dinámica jurídica, la cual en trazos generales podemos compartir, en algunos detalles de la presentación se esconde alguien. Si es dios o el diablo quedará en manos de cada lector o lectora.

Palabras clave: dinámica jurídica, teoría de conjuntos, derogación, *lex specialis*.

Abstract: The article begins with a brief overview of the main ideas of Chapter V “La dinámica del derecho” of the book *Teoría Analítica del Derecho* by Jorge Rodríguez, and then critically examines some assertions that, in my opinion, are not always obvious, explicit or satisfactorily substantiated. On this basis, the article focuses in particular on: (i) showing how Rodríguez’s proposals represent an additional development or refinement of the theory of C. Alchourrón and E. Bulygin; (ii) to illustrate how his refinement is adequate in its main aspects and hardly refutable (though not impossible); and (iii) to underline how some key statements are not always accompanied by an adequate foundation. So, although Jorge gives us his view of the legal dynamic, which we can broadly share, someone is hiding in some of the details of the account. Whether she is God or the devil is up to each reader.

Keywords: legal dynamics, set theory, repeal, *lex specialis*.

I. Introducción

En esta ocasión me corresponde discutir las propuestas desarrolladas por Jorge Rodríguez en el capítulo V “La dinámica del derecho” de su libro *Teoría Analítica del Derecho* (2021). El desarrollo de mi trabajo se compone de dos partes. Primero, reconstruyo las ideas centrales del capítulo, especialmente, las vinculadas con la reconstrucción sistemática del derecho bajo el marco teórico proporcionado por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Y, luego, cuestiono algunas afirmaciones contenidas en esta parte del libro, las cuales, a mi modo de ver, no siempre tienen una justificación evidente, explícita o satisfactoria.

De esta manera, el propósito del artículo es triple. Primero, explicitar cómo la propuesta rodrigueana constituye un desarrollo adicional o sofisticación de las propuestas formuladas por Alchourrón y Bulygin. Segundo, evidenciar que en los aspectos generales esta sofisticación es adecuada y difícilmente refutable (aunque no imposible). Y, tercero, resaltar cómo algunas afirmaciones claves en el desarrollo del texto no siempre están acompañadas de una adecuada fundamentación. Estas afirmaciones primero son explicitadas en notas a pie de página y, luego, por razones de espacio, solo algunas de ellas son desarrolladas y contraargumentadas.

He en esto último la razón de las palabras elegidas para el título y subtítulo del presente trabajo. Si bien Jorge nos entrega su propia visión de la dinámica jurídica, la cual en trazos generales podemos compartir, en algunos detalles de la presentación se esconde alguien. Si es dios o el diablo quedará en manos de cada lector o lectora. Obviamente, lectores o lectoras no solo de este comentario, sino también de la respuesta que entregará Jorge Rodríguez a estas observaciones críticas.

II. La dinámica jurídica de Jorge Rodríguez

La presentación de las ideas centrales del capítulo se agrupa en cinco subapartados. El primero se destina a explicitar el problema cardinal de la propuesta (‘eje de la propuesta’). El segundo sitúa la propuesta dentro de una perspectiva teórica determinada (‘marco teórico’). Y, por último, el tercero y el cuarto muestran los desarrollos propiamente rodrigueanos de la estructura de los sistemas (‘preferencias rodrigueanas’) y su dinámica (‘dinámica rodrigueana’).

‘Eje de la propuesta’. A mi modo de ver, el capítulo V “La dinámica del derecho” se vertebra sobre el problema de las normas irregulares o inválidas. El caso que da inicio al capítulo y las críticas iniciales a la reconstrucción kelseniana tienen por eje

el tratamiento de las normas inconstitucionales. El primero ejemplifica un caso de declaración de inconstitucionalidad, y el segundo pone de manifiesto la dificultad de asumir la cláusula alternativa tácita en conjunto con una estructura jerárquica sin incurrir en un decisionismo extremo (Rodríguez, 2021, pp. 425-431).

El uso estratégico de este problema se presenta rápidamente cuando Rodríguez sostiene que la crítica a Kelsen busca poner de manifiesto el carácter problemático de su tratamiento de las normas irregulares, en sus palabras:

...es sintomático de dificultades generalizables respecto de todas las versiones ofrecidas de la teoría de los sistemas jurídicos: no existe una respuesta simple acerca de cómo congeniar los aspectos estáticos y dinámicos de los sistemas jurídicos, ni tampoco una reconstrucción teórica enteramente satisfactoria en torno al funcionamiento dinámico de sistemas normativos jerárquicamente estructurados como los sistemas jurídicos (Rodríguez, 2021, p. 432).

De esta manera, la propuesta de Rodríguez busca compatibilizar las nociones estáticas y dinámicas de los sistemas jurídicos teniendo a la vista el problema de las normas irregulares.

‘Marco teórico’. Rodríguez asume tres ideas ampliamente difundidas, por un lado, entender los sistemas jurídicos como conjuntos de normas, por otro lado, aceptar que los sistemas jurídicos están sujetos a cambios en virtud de los actos de promulgación, reforma o derogación de normas y, por último, considerar que dichos cambios afectan el contenido del sistema, pero no su identidad, ya que ellos perduran en el tiempo pese a los cambios (Rodríguez, 2021, p. 432).

Como en las primeras líneas la crítica kelseniana permitió explicitar sus propósitos, en esta segunda parte, la presentación crítica de la distinción raziana entre sistemas momentáneos y no-momentáneos, permite a Rodríguez incardinar su posición con las propuestas de C. Alchourrón y E. Bulygin sobre cómo reconstruir el carácter dinámico del derecho.¹ Sin embargo, esta opción de Rodríguez no implicará una adhesión irrestricta, sino más bien una alienación con un marco teórico determinado, el cual complementa o sofisticada. Por ejemplo, Rodríguez no adhiere a la tesis según la cual pertenecen a un sistema estático todas sus consecuencias lógicas, él opta por distinguir. Por un lado, cada sistema estático de la secuencia no está clausurado bajo la noción de consecuencia lógica y, por otro lado, el sistema de normas aplicables para solución de un caso comprende todas sus consecuencias (Rodríguez, 2021, pp. 26, 433-436, 513-514).

En el modelo de dinámica jurídica sugerido por Joseph Raz (1980) la unidad se presenta en dos niveles: sistema momentáneo y no-momentáneo. En el primero el criterio de unidad es de carácter jurisprudencial y determina que normas pertenecen al

sistema a partir de su reconocimiento por parte de los órganos primarios de aplicación de las normas. En cambio, en el segundo, el criterio de unidad depende de consideraciones de orden social vinculadas con la obediencia, el uso y el conocimiento del derecho por parte de la población (eficacia general) y el grado de transgresión y ejercicio de los derechos por la población; junto con el nivel de eficacia de las normas constitucionales y políticas por parte de los órganos centrales de creación y aplicación del derecho.²

En cambio, en el modelo de pertenencia sugerido por Alchourrón y Bulygin, las normas pertenecen a los sistemas estáticos; mientras que, estos últimos pertenecen a los sistemas dinámicos.³ Es en el nivel del sistema dinámico donde es posible analizar las relaciones de sucesión temporal. Al distinguir entre sistema dinámico y sistema estático, el primero se constituye por una secuencia o conjunto ordenado de sistemas estáticos; mientras que, un sistema estático pertenece a un sistema dinámico si posee cierta propiedad definitoria de la relación de pertenencia. Por ende, la unidad del sistema dinámico está dada por la identidad de los criterios usados para la identificación de los conjuntos normativos pertenecientes a la secuencia, de modo que, un quiebre en la regularidad del cambio produciría un cambio en la identidad de la secuencia o sistema dinámico (Rodríguez, 2021, p. 434).⁴

A partir de un modelo de pertenencia es posible analizar formalmente los actos de promulgación y derogación de normas. Un acto de promulgación produce un nuevo sistema dentro de la secuencia, el cual estará integrado por (i) las consecuencias lógicas del sistema precedente, (ii) las que se derivan del elemento promulgado y, además, (iii) todas las que se siguen de la unión de las anteriores, si ellas no resultan derivables solo de los elementos precedentes o del elemento incorporado. El resultado de la promulgación de una norma es identificable una vez se identifican las normas expresamente promulgadas y el sistema anterior. Por consiguiente, al producir solo un nuevo sistema dentro de la secuencia, el acto de promulgación es unívoco (Rodríguez, 2021, pp. 436-438).

A diferencia de la promulgación, la derogación no siempre resulta unívoca. Si se deroga una norma formulada propaga sus efectos a todas sus consecuencias, y su resultado es unívoco, porque es posible identificar el sistema sucesivo. Asimismo, la derogación de una norma derivada de una sola norma formulada igualmente produce un nuevo sistema unívoco, dentro del cual no se debe poder derivar dicha norma y ninguna de sus consecuencias. Aquí se produce también la derogación de la norma formulada que posibilita su derivación. En cambio, la derogación de una norma derivada de más de una norma produce la indeterminación lógica del sistema o una

familia de sistemas alternativos, porque no hay criterios lógicos que indiquen cuál de las normas que posibilita su derivación debe ser eliminada. Cuestión esta última que no impide la existencia de condiciones racionales de adecuación para la derogación, v.gr., desempeñan este rol las nociones de conjunto rechazado, selección minimal y conjuntos remanentes (Rodríguez, 2021, pp. 439-441).⁵

También, se distingue entre promulgación formal y material, siendo la primera la promulgación de una norma que ya pertenece al sistema estático que precede al acto; mientras que la segunda es la promulgación de una norma no perteneciente al sistema estático que precede al acto. Igual distinción se predica de la derogación cuando modifica o no el conjunto de soluciones normativas del sistema (Rodríguez, 2021, pp. 437-438).⁶

De esta manera, el modelo de pertenencia adoptado por Rodríguez se alinea con la caracterización del orden jurídico o sistema dinámico realizada por Bulygin, y cuya reproducción en los textos del ramo constituye un lugar común:

- (1) El conjunto de normas $[N_1, N_2, \dots, N_3]$ es el sistema originario (primera constitución) de O_i ;
- (2) Si una norma N_j es válida en un sistema S_t que pertenece a O_i , y N_j faculta a la autoridad x a promulgar la norma N_k y x promulga en el momento t la norma N_k , entonces N_k es válida en el sistema S_{t+1} (es decir, en el sistema correspondiente al momento siguiente a t) y S_{t+1} pertenece a O_i ;
- (3) Si una norma N_j es válida en un sistema S_t que pertenece a O_i , y N_j faculta a la autoridad x a derogar la norma N_k que es válida en S_t y x deroga N_k en el momento t , entonces N_k no es válida en el sistema S_{t+1} (correspondiente al momento siguiente a t) que pertenece a O_i ;
- (4) Las normas válidas en un sistema S_t que pertenece a O_i que no han sido derogadas en el momento t , son válidas en el sistema S_{t+1} de O_i (que corresponde al momento siguiente a t); y
- (5) Todas las consecuencias lógicas de las normas válidas en un sistema S_t que pertenece a O_i también son válidas en S_t (...) (Bulygin, 1991).⁷

En este esquema definicional, Bulygin presenta el criterio de identificación de los sistemas dinámicos integrado por cinco reglas genéricas que determinan la estructura de un orden jurídico. Según Rodríguez, la aplicación sucesiva de estas reglas permite establecer si una norma pertenece o no a un sistema estático de un orden dinámico, aunque de esto no se sigue que el criterio de legalidad constituya por sí mismo un criterio de pertenencia de las normas a un sistema estático. Si la legalidad de un acto de modificación normativa justifica la integración de un nuevo sistema en la secuencia, qué normas pasan o dejan de formar parte del nuevo sistema dependerá del contenido del acto de promulgación o derogación. Por ende, el criterio de legalidad funciona como un criterio de pertenencia de los sistemas estáticos a la secuencia dinámica, pero no de las normas al sistema estático, es decir, constituye un criterio de pertenencia de

los sistemas estáticos a la secuencia que conforma el orden dinámico. De este modo, la legalidad es una relación entre un acto de modificación normativa y una norma, y no una relación entre normas (Rodríguez, 2021, p. 442).

Unas páginas más adelante, iniciando el desarrollo de su propia propuesta, Rodríguez añade a la caracterización de un orden jurídico algunos ajustes: (i) los diferentes conjuntos o sistemas estáticos de la secuencia no están clausurados bajo consecuencia deductiva; (ii) el sistema originario de la secuencia debe contener al menos una norma de competencia que autorice la creación, modificación y derogación de normas; (iii) un conjunto de la secuencia debe contener una norma coactiva; y (iv) todos los conjuntos de la secuencia deben ser finitos (Rodríguez, 2021, pp. 491-494).⁸

‘Preferencias rodrigueanas’. Con base en lo anterior, la propuesta rodrigueana se despliega a partir de la presentación de las preferencias, ordenaciones y jerarquías normativas. Comienza con el reconocimiento de ciertas ideas ampliamente compartidas acerca de: (i) cómo a partir de las fuentes del derecho es posible identificar criterios que determinan la importancia relativa de las normas dentro del sistema jurídico; (ii) el origen de estas preferencias está vinculado con el legislador (cuando expresamente señala la preferencia), o bien, con los criterios interpretativos generales basados en la fecha de promulgación de la norma (*lex posterior*) o la fuente normativa de la cual derivan (*lex superior*); (iii) la insuficiencia de estos criterios para solucionar todos los posibles conflictos, por lo cual, en ocasiones los jueces recurren a otras consideraciones como justicia o valores; y (iv) la posibilidad de ordenar los elementos de un sistema a partir del reconocimiento de ciertas relaciones de preferencia (Rodríguez, 2021, pp. 444-445).

Rodríguez (2021, p. 445) sugiere que idealmente una relación de preferencia entre las normas de un sistema debería ser transitiva, asimétrica y completa, lo cual determinaría una ordenación fuerte entre ellas. Sin embargo, este ideal no se instancia en los sistemas jurídicos, porque hay una multitud de normas por nivel de ordenación, las normas pueden ocupar niveles diversos según el criterio aplicado (criterios contradictorios), y las relaciones entre normas pueden no ser de preferencia (criterios incompletos).⁹

No obstante, para Rodríguez (2021, p. 447), *lex superior* y *lex posterior* son criterios que satisfacen la completitud y consistencia tanto en sí mismas como entre sí. En sus palabras:

Por una parte, no solo cada uno de ellos es internamente consistente, sino que además son consistentes entre sí: dado que el criterio de *lex posterior* solo resulta operativo entre normas emanadas de fuentes de producción normativa del mismo rango, esto es, solo es aplicable si no

lo es el criterio de *lex superior*, ambos criterios resultan conjuntamente consistentes. Por otra parte, dadas dos normas cualesquiera, o bien una emana de una fuente de producción normativa superior y la otra de una fuente de producción normativa inferior, o bien ambas emanan de fuentes de producción normativa del mismo rango; e igualmente, dadas dos normas cualesquiera, o bien ambas fueron promulgadas al mismo tiempo o bien una es anterior y la otra posterior en el tiempo. Por ello, cada uno de estos criterios determina una ordenación completa (Rodríguez, 2021, p. 447).

La importancia de lo anterior radica en que una ordenación de elementos de un conjunto es apta para producir una jerarquía cuando satisface las condiciones de completitud y consistencia. Esta constituye una relación entre conjuntos y no entre individuos, la cual, dentro de un sistema jurídico, produce subconjuntos no vacíos de normas que resultan conjuntamente exhaustivos y mutuamente excluyentes (Rodríguez, 2021, p. 447).¹⁰

Estas reglas de preferencia establecen criterios generales para privilegiar una norma sobre otra en caso de que se verifiquen ciertas relaciones entre ellas, de manera que, de verificarse los criterios, ellas establecen una solución para todo caso de conflicto entre las normas. En este sentido, son preferencias incondicionadas, porque los supuestos de conflicto de normas que ellas resuelven no están subordinados a condición algunas. Sin embargo, en los casos en que no procede su aplicación, es posible preferir algunas de las normas en conflicto ‘para ciertos casos’, es decir, con base en las circunstancias del caso, como ocurre, v.gr., con la denominada ponderación (Rodríguez, 2021, pp. 448-449).

En este punto se añade al análisis de los criterios aludidos la revisión del criterio de *lex specialis* de manera individual y conjunta. En esta presentación de las relaciones entre criterios, Rodríguez (2021, p. 453) recuerda el modo en que generalmente se abordan los conflictos entre ellos; de modo resumido, si bien *lex superior* prevalece siempre frente a *lex posterior*, resulta más controvertido saber cuál es la preferencia cuando concurre *lex specialis* tanto contra *lex superior* como contra *lex posterior*. Si *lex superior* con *lex posterior* permiten generar jerarquías, *lex specialis* no posibilita ello. Perplejidad esta última que Rodríguez busca responder.

Sugiere así tres características de *lex specialis*, las cuales impiden que constituya una jerarquía. Primera, si los conflictos que se presentan son del tipo total-total, total-parcial, y parcial-parcial, no todo conflicto puede ordenarse gracias a *lex specialis*, porque no todo conflicto puede ser reconducido a relaciones de generalidad/especificidad. Segunda, si *lex superior* y *lex posterior* establecen una ordenación con base en las características del acto de promulgación de las normas en conflicto (la jerarquía de la fuente de la cual emana el acto y el tiempo del acto), *lex specialis* establece una ordenación con base en

el contenido de las normas, y no sus aspectos formales. Tercera, *lex specialis* funciona antes de la identificación de las normas expresadas por ciertas formulaciones, y no en la determinación de qué normas deben privilegiarse en casos de conflicto una vez ellas han sido identificadas.

Estos tres aspectos permitirían explicar por qué no hay metacriterios para resolver los conflictos entre los criterios aludidos y, dentro de la propuesta rodrigueana, excluir de la reconstrucción de la estructura jerárquica del sistema a *lex specialis* por considerarla como una pauta interpretativa (Rodríguez, 2021, p. 454).¹¹

Es en esta parte del texto donde Rodríguez (2021, p. 455) explícitamente señala que contar con una reconstrucción satisfactoria del modo en que operan *lex superior* y *lex posterior* equivale a armonizar la dinámica jurídica con la estructura jerárquica del derecho. Cuestión que es clave para una teoría de los sistemas jurídicos.

A partir de *lex superior* y *lex posterior*, la reconstrucción del derecho como sistema puede tener un carácter depurado o no depurado, según dónde se sitúen las normas irregulares. Cuando las preferencias actúan *ex ante* preservan la consistencia del sistema a través de impedir que el acto de promulgación de una norma produzca un nuevo sistema en la secuencia, si la norma creada es lógicamente incompatible con alguna de las normas preexistentes; mientras que, actúan *ex post* reestableciendo la consistencia una vez se ha admitido el ingreso de un sistema inconsistente en el orden. Por ende, en un sistema depurado, el criterio de legalidad solo permite la admisión de un nuevo sistema estático a la secuencia cuando la autoridad dicta una norma compatible lógicamente con normas superiores, es decir, al funcionar *ex ante* bloquea el ingreso de normas incompatibles con otras de jerarquía superior. Y, a su vez, el sistema no-depurado permite el ingreso de toda norma proveniente de un acto de promulgación que satisfaga condiciones formales relativas al órgano competente y el procedimiento debido, de modo que, *lex superior* funcionaría *ex post* reestableciendo la consistencia una vez que el conflicto se ha producido (Rodríguez, 2021, p. 456).¹²

El sistema depurado considera inválida la norma inferior contraria a la superior y, en consecuencia, el sistema sucesivo de la secuencia no la integra; en cambio, en el modelo no-depurado la inconsistencia podría producir la invalidez de la norma inferior u otra consecuencia como la inaplicabilidad. Por lo mismo, en el primer modelo, el criterio incide en la pertenencia de las normas, pero en el segundo más bien constituye una directiva dirigida a los órganos de aplicación (Rodríguez, 2021, p. 457).

Los efectos que puede producir la aplicación de estos criterios jerárquicos, según

Rodríguez (2021, p. 457), depende de la reconstrucción teórica realizada, o bien, del derecho positivo propiamente tal. En el primer caso se alude a la elección entre un modelo depurado o no-depurado; mientras que, en el segundo, se refiere a la legislación o las convenciones que determinan dichos efectos.

‘Dinámica rodrigueana’. Lo señalado en los ‘nodos de la propuesta’ respecto de los actos de promulgación y derogación resulta aplicable a un modelo no-depurado de sistema, ya que, la promulgación puede producir la indeterminación del sistema en un modelo depurado.

Una incorporación consistente de un elemento en un conjunto se denomina (en términos formales) revisión y se puede presentar de tres maneras: (i) innovadora, cuando el conjunto de origen es reemplazado por otro que no contiene los elementos incompatibles con el que se pretende incorporar y, luego, se sustituye este conjunto por otro que contiene el nuevo elemento; (ii) neutra, cuando se produce un nuevo conjunto (posiblemente inconsistente) que incorpora el nuevo elemento y, luego, de ser preciso se elimina la contradicción, de manera que, no se prejuzga sobre qué elementos serán preservados (nuevos o viejos); y (iii) conservadora, cuando solo se genera un conjunto con el nuevo elemento cuando esto no genera inconsistencias con el sistema originario, privilegiando así los elementos preexistentes (Rodríguez, 2021, pp. 458-459).

A partir de estas precisiones, Rodríguez considera oportuno entender que la aplicación de *lex posterior* puede ser construida como una revisión innovadora o neutra; mientras que, *lex superior* como cualquiera de las tres revisiones.¹³ Sin embargo, entiende que lo relevante está en cómo conciliar las revisiones innovadoras y conservadoras dentro de un modelo depurado, porque las situaciones resultantes a considerar son más complejas que la solución canónica, según la cual: se genera un nuevo sistema en la secuencia dinámica cuando un acto de promulgación produce una nueva norma que prevalece sobre las anteriores (aplicación de *lex posterior*) solo si ella es compatible con las normas de jerarquía superior (aplicación de *lex superior*) (Rodríguez, 2021, p. 459). De este modo, Rodríguez analiza algunos de estos supuestos.

Las situaciones a considerar son casos en donde (i) una nueva norma está en oposición con una norma derivada de normas superiores, (ii) una norma derivada de la nueva norma y otra preexistente de una jerarquía inferior a esta resulta incompatible con una norma superior a ambas, (iii) una norma derivada de la nueva norma y otra preexistente (ambas de igual jerarquía) resultan incompatibles con una norma superior; y (iv) una norma derivada de dos nuevas normas está en oposición con una norma superior a ambas (Rodríguez, 2021, p. 459).¹⁴

De estas situaciones, en los casos (i) y (ii), por aplicación de *lex superior*, no debería producirse la generación de un sistema en la secuencia, porque la consistencia no se exige solo de la nueva norma sino de todas sus consecuencias lógicas. En cambio, dada la misma jerarquía, en (iii) por aplicación de *lex posterior* se podría sugerir la derogación de la norma preexistente para evitar la derivación de la norma contraria a la norma superior. Y, en cambio, dado que en (iv) no existirían razones para determinar qué nueva norma no considerar, se produciría una indeterminación respecto de la cuál ha de ser el nuevo sistema, de asumirse la minimización cuantitativa (Rodríguez, 2021, p. 459).¹⁵

En este punto de la argumentación, a partir de un ejemplo jurisprudencial, Rodríguez retoma el tópico cardinal de la presentación (nomas irregulares) para presentar el modo en que considera debiesen ser entendidas la inconstitucionalidad y la derogación (conceptualmente independientes), junto con fundamentar su posición. Sin embargo, más allá del ejemplo, las precisiones teóricas que complementan lo señalado en secciones precedentes y la detallada respuesta a la pregunta por la posibilidad conceptual de derogar una norma declarada inconstitucional, mi reconstrucción de las ideas de Rodríguez debe detenerse aquí para dar paso a la parte más crítica de este comentario.

III. ¿Quién se esconde en los detalles?

El conocido refrán ‘el diablo se esconde en los detalles’ tendría su origen en el adagio ‘Dios se esconde en los detalles’. El primero enfatiza el hecho que podemos estar de acuerdo en los aspectos generales, pero es en los detalles donde se encuentran los problemas o los desacuerdos; mientras que, el segundo destaca la importancia de realizar las actividades de un modo concienzudo, pues allí encontramos la iluminación o revelación (Titelman, 1972, p. 119).

Este juego de palabras del subtítulo de este trabajo me permite decir dos cosas. Primero, admitir que, a través de su obra, Jorge Rodríguez muestra y demuestra cómo el trabajo concienzudo y esmerado nos puede trasladar a una mayor y mejor comprensión de las propuestas teóricas, siendo su último libro una prueba más de ello. Y, segundo, señalar mi conformidad con el libro en su conjunto, no sin expresar mi discrepancia con algunas afirmaciones que contiene el capítulo objeto de este análisis. Por lo mismo, en lo que sigue, analizo esquemáticamente tres de estas discrepancias, a saber: (i) funciones y sistema dinámico; (ii) actos de derogación; y (iii) *lex specialis* e interpretación.

A. Funciones y sistema dinámico¹⁶

Como fue anticipado, Rodríguez sugiere entender el sistema dinámico como una secuencia de sistemas estáticos, y una secuencia entenderla alternativamente como ‘un conjunto ordenado o como una función’. Sin embargo, si bien es posible estar de acuerdo en entender un sistema dinámico como una secuencia, y entender una secuencia a través de una función, no es claro por qué entender el sistema dinámico como una función o conjunto ordenado, me explico.

Una función es una relación que asocia a los elementos de un conjunto X con elementos de un conjunto Y . Una función de X hacia Y es una relación f tal que el dominio de $f = X$ y para cada x en X hay un elemento y en Y con $(x, y) \in f$. Cuestión que no impide que distintos elementos del dominio puedan estar relacionados con el mismo elemento del recorrido. De esta manera, la condición a cumplir es si $(x, y) \in f$ y $(x, z) \in f$; entonces, $y = z$, en donde y se denomina valor y x se denomina argumento (Halamos, 1960; Hernández, 1998, pp. 50-52).

Una relación es un conjunto de pares ordenados, es decir, la relación \mathbf{R} es una proposición acerca de que, para cada par ordenado (a, b) , es posible determinar cuándo a y b están en una relación \mathbf{R} . Si un conjunto \mathbf{R} es una relación, cada uno de sus elementos es un par ordenado. Dentro de las partes de una relación se diferencia entre el dominio, el recorrido y el campo. El ‘dominio’ de una relación \mathbf{R} , $\text{dom}(\mathbf{R})$, es el conjunto de los primeros componentes de los pares de \mathbf{R} . El ‘recorrido’ de \mathbf{R} , $\text{rec}(\mathbf{R})$, es el conjunto de los segundos componentes de los pares de \mathbf{R} . Y el ‘campo’ de \mathbf{R} , $\text{campo}(\mathbf{R})$, es la unión de su dominio y su recorrido, es decir, el conjunto de todos los componentes de los pares de \mathbf{R} (Hernández, 1998, p. 43).

Dentro de una teoría axiomática de conjuntos, específicamente, la teoría de conjuntos conocida como Zermelo-Fraenkel, los axiomas de la extensión y la unión constituyen elementos centrales.¹⁷ Según el axioma de la extensionalidad, dos conjuntos son iguales, si y solo si, ellos tienen los mismos elementos, i.e., si todo elemento de A es elemento de B y todo elemento de B es elemento A .¹⁸ Y, según el axioma de la unión, para cada conjunto S existe un conjunto U tal que $x \in U$, si y solo si, $x \in X$ para algún $X \in S$, i.e., S es un sistema de conjunto o familia de conjuntos cuando sus elementos son conjuntos, de ahí que, la unión de familia de conjuntos S sea el conjunto de todos los x que pertenecen a algún conjunto que forma parte de la familia S (Hernández, 1998, pp. 10-15, 50-52).

De esta manera, si una función es una relación y una relación es un conjunto de pares ordenados, cuando se sugiere entender las secuencias como funciones, se está

sugiriendo concebir a las secuencias como un conjunto ordenado y, adicionalmente, el sistema dinámico como un conjunto ordenado. Cuestión esta última que, a mi modo de ver, introduce los problemas que se buscaban superar con la teoría de la pertenencia desplazando a la propuesta de Joseph Raz.

Sin embargo, a partir de la crítica formulada por Zuleta (2013, pp. 239-248), Rodríguez (2021, pp. 498-501) detecta el problema y al responder al primero sugiere realizar dos distinciones relevantes. Por un lado, diferenciar entre orden jurídico *simpliciter* y existente. El primero es la secuencia de todos los conjuntos (efectivos y posibles) de normas asociados a los actos de producción normativa calificables como regulares en conformidad con las pautas fijadas por el conjunto precedente; y el segundo es la secuencia de los conjuntos de normas asociados a distintos actos de producción normativa efectivamente cumplidos y calificables como regulares de conformidad con las pautas fijadas por el conjunto precedente. Por otro lado, sugiere distinguir entre el sentido extensional e intensional de las relaciones y las funciones. En sentido intensional la relación es ‘una entidad semejante a una propiedad de un par ordenado’, y en sentido extensional ‘se identifica con un par ordenado’; mientras que, es posible definir “(...) una función en sentido extensional como una relación en sentido extensional que satisface la condición de que cada objeto en su dominio está relacionado con un único objeto de su rango, y una función en sentido intensional sería la relación en sentido intensional de la cual la anterior es extensión”.

La relevancia de las distinciones precedentes está en que, Rodríguez (2021, pp. 498-501) sugiere entender las propuestas de Alchourrón y Bulygin y las suyas como vinculadas con el orden jurídico *simpliciter*. Especialmente, cuando se sostiene que el orden jurídico o sistema dinámico es una secuencia o conjunto ordenado, para luego sugerir que la secuencia debe ser entendida en sentido intensional, pues así es posible la variación o indeterminación de los argumentos o elementos del dominio sin cambio en la función y, consecuentemente, abarcar a todos aquellos conjuntos de normas que se produzcan válidamente en tanto no exista un quiebre de la legalidad.

Por ende, Rodríguez transita con destreza entre nociones simples y axiomáticas de conjuntos, por lo que es posible preguntar ¿cuál es la noción rodrigueana de conjunto? Por ejemplo, su adhesión final a un sentido intensional es propia de las nociones simples, cuyas teorías se sustentan en propiedades (como en un inicio sugería Cantor), pero las teorías axiomáticas de conjuntos, precisamente, buscan sortear las dificultades de una teoría de conjuntos sustentada en propiedades o intensional.¹⁹ En cambio, cuando desarrolla las críticas al modelo de la inclusión, Rodríguez se acerca a la concepción

utilizada por una teoría axiomática en virtud de la constante utilización del axioma de la extensión como aspecto problemático de la propuesta raziana.

Por lo tanto, si un conjunto puede ser definido con base en la enumeración de sus elementos (axiomática) o proporcionando una propiedad común (simple o *naïvè*), y ‘no sería posible estar bien con dios y con el diablo’, Rodríguez debería tomar partido o poner de manifiesto algo aún no dicho, para evitar incurrir en algún tipo de sincretismo conjuntista.²⁰

B. Actos de derogación

Como fue advertido, aquello que paso a controvertir se vincula con la manera en la cual se entienden los actos derogatorios. Esta controversia se aprecia en el tratamiento de la operación de reforma, y la posibilidad de dos tipos de derogación formal (Rodríguez, 2021, p. 436 y 467).²¹ El modo en el cual busco realizar la controversia tiene dos ejes, uno vinculado con el funcionamiento de los derechos contemporáneos y el segundo relacionado con la distinción entre sistemas depurados y no-depurados.

En un interesante trabajo, P. Navarro (1993, pp. 390-394) sugiere que al desarrollar los rasgos centrales de una autoridad normativa competente y jerárquicamente superior se explicitan algunos aspectos compartidos por los actos de promulgación y derogación. En pocas palabras, ambas actividades introducirían contenidos normativos, limitarían la competencia de las autoridades inferiores respecto del conjunto de normas que ingresan o egresan del sistema, y, esencialmente, toda derogación tendría lugar mediante la promulgación de una disposición derogatoria o de una norma opuesta a otra anterior. Por ello, las relaciones entre promulgar y derogar permiten formular la existencia de dos sistemas coetáneos: (i) uno consistente en el conjunto de normas conformado por las consecuencias lógicas del conjunto de elementos promulgados (conjunto promulgado); y (ii) otro conjunto integrado por las normas derogadas y sus consecuencias (conjunto derogado). Sus similitudes permiten sostener a Navarro que: “(...) mientras la derogación es el método usual para remover los elementos desde un sistema normativo, la promulgación es el método natural para remover normas desde el conjunto derogado (...)”.

Sin entrar en todos los detalles de la propuesta de Navarro, considero oportuno reforzar una de sus conclusiones ‘toda derogación necesita de una promulgación’ mediante la (i) caracterización de cómo la derogación se presenta en la actualidad, y (ii) la improbabilidad de la ocurrencia de una promulgación sin derogación.

En los ordenamientos jurídicos contemporáneos, la derogación funciona como un predicado relacional, porque la derogación de una norma (derogada) necesita de la existencia de otra norma posterior (derogatoria). Por ello, cuando se afirma que 'N₂ deroga a N₁' se está diciendo que un particular par de objetos constituye la relación de la derogación a través de su entrada en ella y, al mismo tiempo, que su carácter relacional exige la ocurrencia de (al menos) una promulgación.²²

En este mismo contexto, se entiende que el cambio normativo se instancia cuando son modificadas las consecuencias jurídicas existentes en un sistema. A lo menos, esta situación se presentaría cuando ingresa una norma primigenia que genera nuevas consecuencias jurídicas, y también en los casos que una norma posterior elimina las consecuencias jurídicas producidas por una anterior. Así, en virtud del principio *lex posterior*, el primer caso solo se instancia cuando no concurre el segundo, por ejemplo, cuando se regula una materia que no se encontraba regulada y esta regulación no impacta en las consecuencias jurídicas preexistentes, porque cualquier otro tipo de promulgación producirá la eliminación de alguna de las consecuencias jurídicas previamente existentes.²³

De ahí que, en el contexto de los ordenamientos jurídicos actuales, las diferencias entre promulgación (como acto de creación) y derogación (como acto de eliminación) debe ser atemperadas, porque (i) toda derogación exige la ocurrencia de un acto de promulgación (dado su carácter relacional), (ii) la inmensa mayoría de las promulgaciones producen algún tipo de derogación (dada la actual vastedad de la regulación), y (iii) resulta improbable la ocurrencia de una promulgación únicamente creadora o primigenia (dada la dificultad de determinar ámbitos desregulados).

Por consiguiente, para evitar diluir la distinción entre actos de creación y eliminación de normas, resulta oportuno añadir algunos matices a su ocurrencia, porque sin promulgación no se presenta la creación ni la eliminación. Cuestión que, entre otras cosas, hace repensar el rol entregado a la reforma frente a los actos de promulgación y derogación dentro del esquema rodrigueano. Esto sugiere se refuerza al considerar la distinción entre un modelo depurado y no-depurado, y las tres maneras en que se presenta la revisión (innovadora, neutra y conservadora).²⁴

En pocas palabras, siguiendo a Rodríguez, a través de los actos de autoridad (promulgación, derogación y reforma) se generan nuevos sistemas en la secuencia. Los sistemas estáticos se sitúan así entre los distintos actos de autoridad. Dentro de los sistemas o en la secuencia la incompatibilidad entre dos elementos se presenta con independencia de las decisiones de la autoridad. Sin embargo, se sugiere que, cuando hay

elementos incompatibles, la generación de sistemas dentro de una secuencia constituye una opción teórica capturada a través de dos distinciones, una enfocada en la validez de los actos, y otra centrada en la ubicación temporal de ellos. La primera diferencia entre modelos depurado y no-depurado, en donde el primero impide la generación de un nuevo sistema cuando el nuevo elemento es inválido (se afecta la pertenencia); mientras que, en el segundo se genera un nuevo sistema, pero este elemento puede ser tratado como inválido o inaplicable (se recurre a órganos de aplicación). Y la segunda distingue según si la prioridad entre elementos incompatibles se entrega al nuevo elemento, no se prejuzga o se decanta por el antiguo.

Se produce así alguna perplejidad. Si mediante actos de autoridad los sistemas de una secuencia obtienen su ubicación dentro de ella, porque dichos actos entregan una ubicación en el tiempo, el modo en que son entendidas la reforma, la revisión neutra y el sistema no-depurado producen cierta tensión, porque asumen la ocurrencia de dos actos en casos en donde la autoridad solo realiza uno. Por ejemplo, si a través de un solo acto, la autoridad decide actualizar un ámbito del derecho, no ha realizado dos actos, no hay una doble variación o dos momentos temporales, solo uno vinculado con la ocurrencia de dicho acto. Si la incompatibilidad entre los elementos no descansa en una decisión de la autoridad, no son claros los alcances de un modelo no-depurado o revisión neutra, los cuales expresamente recurren a los órganos de aplicación para eliminar la incompatibilidad.²⁵

Ante este escenario, Rodríguez (2021, pp. 501-504) podría añadir que la consideración de estos problemas se encuentra unas páginas más adelante cuando explica las diferencias entre derogación en serie, expresa y tácita. En esta explicación se precisa que tanto la derogación en serie como la reforma no tienen un carácter conmutativo, a diferencia de la promulgación, porque el resultado estaría determinado por el orden en que se realizan las operaciones.²⁶ Allí distingue dos sentidos de derogación, uno vinculado con la eliminación de una norma de un sistema de la secuencia (acto de derogación o derogación expresa), y otro relacionado con evitar que ciertas consecuencias puedan derivarse de las normas de un sistema de la secuencia (derogación por incompatibilidad o tácita). El primer sentido o acto derogatorio opera de manera directa solo sobre las normas expresamente promulgadas y nunca sobre una norma que únicamente es consecuencia lógica de las normas expresamente promulgadas; mientras que, el segundo alude a una actividad compleja integrada por “un acto de promulgación (no de derogación) llevado a cabo por la autoridad normativa, conjuntamente con una operación llevada a cabo por el teórico o intérprete para restablecer la consistencia del

sistema una vez que se ha introducido un conflicto”. Por último, su explicación añade que, cuando se busca derogar una norma formulada que, al mismo tiempo, se deriva de otras normas del sistema, si la autoridad utiliza la cláusula ‘Deróguese la norma *N*’, solo se puede derivar de manera directa la derogación de la norma formulada, pues la derogación de la norma derivada requiere de alguna interpretación que asigne ese efecto al acto realizado por la autoridad.

Si bien estas explicaciones introducen matices importantes a través de diferentes tipos de derogaciones y una consideración adicional de la operación de reforma, aún persisten y se acrecientan algunas dudas vinculadas con la manera de concebir la derogación expresa y tácita. La explicación de la primera parece oscilar entre un acto de autoridad a través del cual se individualiza con claridad la formulación normativa que se busca eliminar, o bien, un acto expreso dirigido a la norma que se desea derogar, porque si aceptamos que es posible sostener ‘Deróguese la norma *N*’ hemos asumido que es posible individualizar normas y, si esto último es posible, no es claro por qué diferenciar entre normas formuladas y derivadas al tiempo de eliminarlas; en cambio, si aceptamos que lo anterior no es posible, la derogación expresa solo aludiría a formulaciones normativas y no sería posible sostener que la autoridad sostuvo ‘Deróguese la norma *N*’. A su vez, la derogación tácita parece ser entendida como promulgación unida a un acto interpretativo de derogación. Esto último podría tener sentido en un modelo no-depurado, y parece no tener cabida en un modelo depurado. Más aún, si la promulgación es un acto a través del cual se crean normas y estas son tanto las que integran los sistemas jurídicos como las eliminadas por derogación, no resulta nada claro el rol del intérprete, a menos que, al igual que en la derogación expresa se presente cierta oscilación entre una norma y una disposición derogatoria.²⁷

C. *Lex specialis* e interpretación

Es posible estar de acuerdo con Rodríguez cuando afirma que no hay metacriterios que permitan resolver los conflictos entre los criterios de resolución de antinomias, pero resulta más difícil concebir a *lex specialis* como una pauta únicamente interpretativa, o al menos, manifestar conformidad con las razones esgrimidas para ello.

Como fue precisado previamente, en su propuesta, *lex specialis* es un criterio interpretativo en razón de que (i) *lex superior* y *lex posterior* permiten generar jerarquías; mientras que, *lex specialis* no posibilita ello; (ii) *lex superior* y *lex posterior* establecen una ordenación con base en las características del acto de promulgación de las normas en conflicto (fuente y tiempo), y *lex specialis* establece una ordenación con base en el

contenido de las normas; y (iii) *lex specialis* funciona antes de la identificación de las normas expresadas por ciertas formulaciones, y no en la determinación de qué normas deben privilegiarse en casos de conflicto. De ahí que, por extraño que me parezca, *lex specialis*:

...requiere examinar el significado que se atribuye a ciertas formulaciones normativas en aparente conflicto (...) no estamos ante dos normas ya identificadas sino ante textos difíciles de conciliar (...) Por consiguiente, más que un criterio para la solución de conflictos entre formulaciones normativas ya interpretadas, *lex specialis* constituye un *criterio de interpretación*, que permite asignar a dos formulaciones normativas que en apariencia expresan normas contradictorias significados conciliables entre sí (Rodríguez, 2021, p. 454).²⁸

De este modo, al controvertir las tres razones centrales que fundamentan la tesis interpretativista de *lex specialis* defendida por Rodríguez espero arribar a una posición diferente. La primera razón recién aducida podría ser contrargumentada señalando que, si bien es correcto sostener que *lex superior* y *lex posterior* posibilitan la generación de una jerarquía (relación asimétrica, transitiva y completa entre conjuntos), del hecho que *lex specialis* no sea apta para ello, no se sigue que deba ser entendida como un criterio interpretativo. Por ejemplo, en los derechos contemporáneos, las relaciones entre normas basadas en la fuente han cedido terreno frente a una distribución de competencias (v.gr., el derecho español) y, en consecuencia, este criterio comienza a ser considerado como un criterio adicional de resolución de antinomias, más allá de las dificultades de entenderlo como un criterio que posibilita una jerarquía.²⁹

La segunda razón compartida por Rodríguez, Guibourg y Mendonca podría ser controvertida a través de mostrar algún caso en el cual *lex specialis* funciona solo a través de las características del acto de promulgación de las normas en conflicto (como funcionan *lex superior* y *lex posterior*). Un ejemplo en este sentido se presenta cuando se entiende el derecho civil con un carácter común y general, específicamente, el código del ramo, el cual no resulta aplicable cuando sus normas se oponen a las derivadas de leyes especiales, las cuales pueden estar contenidas en los códigos de comercio, trabajo, aguas, minería, etc.³⁰ De esta manera, sin entrar a determinar los significados de una formulación normativa, sino únicamente a través de las características propias del acto de promulgación resulta aplicado *lex specialis*, criterio que entrega prioridad a las normas contenidas en leyes especiales frente a las expresadas por leyes generales o supletorias.³¹

La tercera razón aducida se puede cuestionar al presentar una situación en donde *lex specialis* se utiliza para seleccionar normas en conflictos (y no para determinar significados). Esta situación se presenta cuando, un mismo cuerpo normativo (Código del Trabajo) contiene definiciones diversas de un mismo término ('remuneración'), y

con base en el principio de especialidad se opta por una de ellas, específicamente, en razón del contexto en el cual se insertan las disposiciones en oposición. Así, a partir de los títulos dentro de los cuales se encuentran los artículos en cuestión (De las remuneraciones y De la terminación del trabajo y estabilidad del empleo), es posible considerar la finalidad de cada disposición (precisar lo percibido por el empleador por causa del contrato de trabajo y determinar las sumas de dinero que el trabajador recibe al término de la relación laboral). Por lo mismo, si el Código del Trabajo tiene dos conceptos de remuneración (arts. 41 y 172) y la cuestión es cuál de ellos aplicar para la indemnización por despido injustificado: si la norma especial es aquella que precisa el alcance de las indemnizaciones debidas por el término del contrato (art. 172), la interpretación del art. 41 debe igualmente ser realizada en armonía con el art. 172.³² Se entrega así un caso donde se opta por una de las normas en conflicto utilizando *lex specialis* con base en la ubicación de la norma (bajo qué título se encuentra) y no su contenido o significado. De ahí que el ejemplo sirva como un contraargumento a la tercera razón esgrimida por Rodríguez.

También puede ser criticada la conclusión del argumento interpretativista de *lex specialis* dada las dificultades que implica asumir, como sostiene Jorge, que existan ‘formulaciones normativas en aparente conflicto’ y ‘textos difíciles de conciliar’. Por una parte, como es ampliamente compartido, las relaciones de consistencia y oposición se presentan entre significados o a lo sumo entre formulaciones interpretadas, pero no entre textos o formulaciones, de modo que, ni textos ni formulaciones están en conflicto o son conciliables. Por ende, la oposición entre normas se instancia o no, pero no podría tener un carácter aparente, porque si textos y formulaciones no entran en conflicto, menos aún puede predicarse de ellos un carácter aparente; de manera que, el adjetivo ‘aparente’ solo disfraza el conflicto normativo entre dos normas seleccionadas o identificadas en un primer momento. Por consiguiente, *lex specialis* resuelve un conflicto entre normas (no entre textos o formulaciones) y su manera de resolverlo consiste en sugerir la atribución de una nueva norma a una de las disposiciones en cuestión, la cual esté en armonía con la norma remanente.³³

Por ende, se podría sugerir que el principio de *lex specialis* debiese ser entendido como un criterio que puede funcionar en dos niveles. En un primer nivel se utiliza para atribuir significados a una disposición determinada (criterio interpretativo), y en un segundo nivel es empleado para determinar qué norma se debe aplicar frente a un caso de conflicto (criterio de aplicabilidad).³⁴ Quizá, Rodríguez (2021, p. 627) podría estar de acuerdo con esta distinción, la cual permite explicar por qué unas páginas más

adelante, en el capítulo dedicado a la interpretación, entiende la jerarquía normativa como un criterio interpretativo respecto de la versión a *cohaerentia* en sentido amplio del argumento sistemático.

En definitiva, si dentro de la teoría rodrigueana no solo *lex specialis* tendría un carácter interpretativo sino también *lex superior*, al parecer, Jorge debería explicitar algo aún no dicho, dado que alguien se sigue escondiendo en los detalles, pero aún no es claro si es dios o el diablo.

IV. A modo de cierre

Honestamente, estas páginas se pueden considerar solo como una revisión parcial y acotada del capítulo V “La dinámica del derecho” del libro *Teoría Analítica del Derecho* de Jorge Rodríguez. La extensión y profundidad de la obra hacen difícil un análisis pormenorizado en tan pocas líneas. Situación que lejos de ser un problema, constituye más bien un aliciente para continuar discutiendo sobre la teoría rodrigueana del derecho, especialmente, sobre su reconstrucción de la dinámica jurídica.

Sin embargo, más allá de las limitaciones, en este escrito espero haber presentado algunas de las ideas centrales del capítulo y, luego, haber cuestionado tres afirmaciones contenidas en esta parte del libro, las cuales, a mi modo de ver, resultan controvertibles. Por lo mismo, considero satisfechos los propósitos del comentario, a saber: (i) explicitar cómo la propuesta rodrigueana constituye una sofisticación de las propuestas formuladas por Alchourrón y Bulygin; (ii) evidenciar que, en los aspectos generales, esta sofisticación es adecuada y difícilmente refutable; y (iii) resaltar algunas afirmaciones claves en el desarrollo del texto, las cuales presentan una fundamentación cuestionable.

Por razones de espacio, del conjunto de estas afirmaciones claves solo algunas fueron desarrolladas y contraargumentadas, mientras otras fueron simplemente explicitadas a modo de pregunta o provocación intelectual. Todo esto con la única esperanza de generar otra(s) ocasión(es) en la(s) cual(es) discutir con Jorge Rodríguez.

En definitiva, es probable que en este punto de la argumentación resulte irrelevante quién se esconde en los detalles (aunque espero que los y las lectore/as se decanten por alguno), pero no es nada irrelevante saber cuál es la posición de Jorge Rodríguez en relación con las afirmaciones contraargumentadas. Quizá, de esta manera, él pueda explayarse sobre algunos temas que, en razón de su dificultad intrínseca, siempre resulta posible volver a revisar y comentar.

Referencias bibliográficas

- Agüero-SanJuan, Sebastián, 2015: “Las antinomias y sus condiciones de surgimiento. Una propuesta para los enunciados normativos”. *Revista de Derecho*, vol. XXXVIII, núm. 2, pp. 31-46.
- _____, 2020: “Tiempo y dinámica de los sistemas jurídicos. Una revisión a tres hitos de la reconstrucción teórica”. *Analisi e Diritto* 2/2020, pp. 31-57.
- _____, 2022a: “¿Son las normas jurídicas objetos abstracto? Cuatro precisiones y alcances”. *Isonomía*, núm. 57, pp. 69-101.
- _____, 2022b: “El tiempo de los sistemas jurídicos. Un ejercicio de explicitación a partir de ‘Time and validity’ de E. Bulygin”, en Rodríguez, J. L., Ferrer, J., Moreso, J. J. y Navarro, P. (eds.): *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea. Normas, lagunas y sistemas jurídicos*. Madrid: Marcial Pons, pp. 315-332.
- _____, 2023: “Una teoría conjuntista de la derogación: sistemas y conjuntos”. *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*, núm. 49. <https://journals.openedition.org/revus/9589>
- Alchourrón, Carlos, y Bulygin, Eugenio, 1974[1971]: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Editorial Astrea.
- _____, 1976: “Sobre el concepto de orden jurídico”. *Crítica* vol. VIII, núm. 23, 3-23. <https://doi.org/10.22201/iifs.18704905e.1976.186>
- Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio, 1998: *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, vol. I. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Barrientos Grandon, Javier, 2013: *Código Civil. Concordancias, historia de la ley, jurisprudencia, notas explicativas e índice temático*. Santiago de Chile, Legal Publishing Chile.
- Bulygin, Eugenio, 1991: “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, pp. 257-279.
- Claro Solar, Luis, 1992[1918]: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, 2ª ed., vol. I. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Escobar Riffo, Francisco, 1966: *Síntesis del derecho civil chileno*. Santiago de Chile, Editorial Forense.
- Ferrer, Jordi, y Rodríguez, Jorge Luis, 2011: *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Barcelona, Marcial Pons.
- Guastini, Riccardo, 2010: *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*. Milán, Giuffrè. Citado por la

- traducción castellana de Moreno, Cesar, y Cárdenas, Luis (eds.): *Las fuentes del derecho*. Lima, Raguel, 2016.
- Guibourg, Ricardo, y Mendonca, Daniel, 2004: *La odisea constitucional*. Madrid, Marcial Pons.
- Halamos, Paul, 1960: *Naive Set Theory*. New York, Dover Publications.
- Hernández, Fernando, 1998: *Teoría de Conjuntos*. D.F. México, Sociedad Matemática Mexicana.
- Makinson, David, 2008: *Sets, Logic and Maths for Computing*. London, Springer.
- Moreso, José Juan, 1997: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Navarro, Pablo, 1993: "Promulgation and Derogation of Legal Rules". *Law and Philosophy*, vol. 12, núm. 4, pp. 385-394.
- Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge Luis, y Sucar, German, 2001: "Inconstitucionalidad y derogación". *Discusiones*, año II, núm. 2, pp. 11-58.
- Pescio Vargas, Victorio, 1978: *Manual de derecho civil. Título preliminar del Código Civil*, vol. I. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Pollock, John, 1990: *Technical Methods in Philosophy*. Boulder, Westview Press.
- Raz, Joseph, 1980: *The Concept of a Legal System* (2da ed.). Oxford, Oxford University Press.
- Rodríguez, Jorge Luis, 2021: *Teoría Analítica del Derecho*. Madrid, Marcial Pons.
- Titelman, Gregory, 1972: *Random House Dictionary of Popular Proverbs and Sayings*. New York, Random House.
- Zuleta, Hugo, 2013: "El concepto de orden jurídico en la teoría de Alchourrón y Bulygin". *Análisis Filosófico*, núm. 33 (2), pp. 239-248.

Agradecimientos

Agradezco las sugerencias formuladas por Tuccio Lambretta, Camila Matamala, Francisco Pérez y Diego Almonacid, junto con los comentarios de los evaluadores, todos contribuyeron a mejorar las versiones preliminares de este trabajo.

Notas

- 1 Si bien *Normative Systems* es un libro dedicado fundamentalmente al análisis de los sistemas jurídicos estáticos, en algunas de sus páginas, Alchourrón y Bulygin (1974[1971]: pp. 32, 37, 86, 92, 103, y 137-140) desarrollan los primeros elementos de su teoría del cambio normativo. Allí caracterizan al sistema normativo como un sistema deductivo (axiomático), es decir, como un conjunto de enunciados que contiene todas

sus consecuencias lógicas, junto con sugerir que el sistema normativo cambia cuando cambian sus consecuencias normativas, sea por un cambio en la base o en las reglas de inferencia, de modo que, si no se afecta el contenido del sistema normativo no se afecta su identidad.

- 2 Sobre la influencia de J. Raz en la obra de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin véase, por ejemplo, Moreso, 1997, Ferrer y Rodríguez, 2011 y Agüero-San Juan, 2020, pp. 31-57.
- 3 Una de las primeras formulaciones de estas ideas se encuentra en Alchourrón y Bulygin, 1976.
- 4 En este contexto se presenta la primera afirmación controvertible, según la cual, siguiendo Makinson (2008, p. 82) se entiende la secuencia o sistema dinámico como un conjunto ordenado, en sus palabras: “Una secuencia puede ser definida alternativamente como un conjunto ordenado o como una función $f: N^+ \rightarrow A$ para algún conjunto A adecuadamente elegido, donde $f(i) = ai$ para cada i perteneciente a N^+ . El término i de la secuencia es simplemente el valor de la función para el argumento i ” (Rodríguez, 2021, p. 434).
- 5 La segunda afirmación se vincula con la exclusión del análisis de la operación de reforma, en razón de que su análisis estaría incluido en el análisis de las operaciones de promulgación y derogación. En este punto, Rodríguez (2021, p. 436) sostiene: “Solo se examinarán las operaciones de promulgación y derogación, no así las de reforma dado que estas últimas pueden ser reconstruidas como la derogación de una norma y la posterior promulgación de una nueva norma, modificada respecto de la que se derogó”. Por ende, la cuestión a clarificar es cómo Rodríguez entiende los actos de derogación.
- 6 Esta manera de concebir la derogación formal se complementa unas páginas más adelante cuando se sostiene que: “...tiene pleno sentido derogar una norma materialmente inconstitucional justamente debido a su inconstitucionalidad (...) Si en cambio se asume el modelo del orden jurídico depurado, pese a que las normas materialmente inconstitucionales no ingresarían en ningún sistema del orden, todavía tendría sentido su derogación si se admite que esta última operación puede tener por exclusiva finalidad la eliminación de una formulación normativa (derogación formal)” (Rodríguez, 2021, p. 467). Sin embargo, este complemento hace pensar la posibilidad de dos tipos de derogación formal: (i) una nominal en donde solo se derogaría una formulación normativa; y (ii) otra vacía en donde se busca derogar una norma inexistente, situación que produce dudas en torno a ¿cómo o desde dónde se elimina una formulación normativa?, ¿las formulaciones integran el sistema depurado? Cuestión esta última que se vincula con la afirmación precedente, en el sentido de preguntar ¿cuál es la noción de derogación defendida por Rodríguez?
- 7 La sigla O_i representa un orden jurídico determinado.
- 8 La precisión (iii) presenta un pequeño desajuste con lo sostenido previamente cuando se afirma que: “...c) definir ‘orden jurídico’ como una secuencia dinámica de conjuntos de normas, caracterizada básicamente de conformidad con el esquema definicional ofrecido

por Eugenio Bulygin que ya se reseñara, agregándose a él que el sistema originario debe contener al menos una norma que autorice la promulgación de alguna norma coactiva...” (Rodríguez, 2021, p. 490).

- 9 Dos precisiones adicionales. Primero, si toda relación transitiva es acíclica, ella vincula a todas las normas de un conjunto (completa) garantizando la ausencia de conflictos normativos en su seno. Segundo, el concepto de preferencia fuerte puede leerse como “...es mejor que...” y formularse: para todo x , x no es mejor que x ; para todo x e y , si x es mejor que y , y no es mejor que x , y para todo x , y y z , si x es mejor que y e y mejor que z , x es mejor que z), véase Rodríguez, 2021, pp. 444-445.
- 10 Según Rodríguez (2021, pp. 448-449), reconstruidos como enunciados generales y condicionales: “(i) *Lex superior*: si dadas dos normas cualesquiera $N1$ y $N2$ que establecen soluciones incompatibles, la fuente de la que emana $N1$ es jerárquicamente superior a la fuente de la que emana $N2$, entonces $N1$ es preferida a $N2$; y (ii) *Lex posterior*: si dadas dos normas cualesquiera $N1$ y $N2$ que establecen soluciones incompatibles, ellas provienen de fuentes jerárquicamente equivalentes y $N1$ fue promulgada en un tiempo posterior a $N2$, entonces $N1$ es preferida a $N2$ ”.
- 11 Surge en este contexto la tercera afirmación cuando Rodríguez (2021, p. 454) sugiere: “...la aplicación de *lex specialis* requiere examinar el significado que se atribuye a ciertas formulaciones normativas en aparente conflicto: si la interpretación que *prima facie* se asigna a cada una de ellas es tal que una expresaría una norma más general en conflicto con otra más específica, ha de revisarse tal interpretación estimando que la más general no cubre en realidad los supuestos en los que la más específica resulta aplicable. De modo que, en este caso, no estamos ante dos normas ya identificadas sino ante textos difíciles de conciliar, y el mecanismo que se utiliza para solucionar el problema consiste en interpretar que la norma expresada por uno de los textos no regula, en realidad, todos los casos que parece regular: ha de entenderse que la más específica introduce una excepción en aquella, armonizándose así los textos en juego. Por consiguiente, más que un criterio para la solución de conflictos entre formulaciones normativas ya interpretadas, *lex specialis* constituye un criterio de interpretación, que permite asignar a dos formulaciones normativas que en apariencia expresan normas contradictorias significados conciliables entre sí...”.
- 12 Si bien en este punto se apoya en el trabajo conjunto con Claudina Orunesu *et al.* (2001, pp. 36-37), no termina de ser obvio ¿por qué la idea de modelo depurado y no-depurado únicamente se construye con base en *lex superior* y no en *lex posterior*? Especialmente, si Rodríguez (2021, pp. 456-457) sostiene, por un lado, “... el criterio de *lex posterior* es un claro ejemplo de restablecimiento de la consistencia *ex post*, el criterio de *lex superior* puede ser interpretado como si operara *ex ante* o *ex post* (...)” y, por otro, “...parecería que ordinariamente se interpreta que el criterio de *lex posterior* afecta a la validez de las normas, de forma que una norma posterior contradictoria con una norma anterior produce como resultado la expulsión de esta última del sistema jurídico sucesivo. No puede decirse lo mismo del criterio de *lex superior* pues, como se ha señalado, admite

las dos interpretaciones que recogen los modelos del orden jurídico depurado y no depurado”.

- 13 Esta afirmación en torno a *lex posterior* resurge una pregunta previamente formulada: si *lex posterior* puede constituir una revisión neutra e innovadora ¿puede haber modelos teóricos depurados y no-depurados con base en ella? En otros términos, si la noción de ‘*ex ante*’ indica que se evita la ocurrencia del conflicto, esto puede ocurrir tanto evitando la generación de un sistema en la secuencia (*lex posterior*) como evitando el ingreso de una de las normas en conflicto en el sistema sucesivo (*lex posterior*).
- 14 Si este último fuese el caso anticipado por Rodríguez como un acto de promulgación apto para producir la indeterminación lógica del sistema, surgen dudas si la indeterminación deriva de la promulgación (creación) o derogación (eliminación) de las normas en juego. Cuestión que entrega mayor interés a la pregunta por cómo entender la derogación.
- 15 La noción de minimización cuantitativa alude a que debe eliminarse la menor cantidad de normas que resulte necesaria para la exclusión de aquellas que se quiere derogar.
- 16 Un desarrollo complementario de algunas de las ideas presentadas en este subapartado en Agüero-SanJuan, 2023.
- 17 Tres precisiones. Primero, en sentido estricto, sus propuestas no son axiomas sino esquemas axiomáticos, ya que permiten un tipo de sustitución general de fórmulas, es decir, no son solo una afirmación definida sino un esquema que permite formular múltiples afirmaciones. Segundo, la teoría permite obtener explicaciones a partir de los teoremas deducidos de los axiomas que la constituyen. Y, tercero, es del caso recordar que hay otras axiomatizaciones de teorías de conjuntos como: (a) Neumann-Bernays-Gödel (sistema BG); (b) Russell y Whitehead (teoría de tipos); (c) Quine; y (d) Morse y Kelley.
- 18 Este axioma no es solo una propiedad lógica de la igualdad, sino más bien una propiedad no trivial de la pertenencia (Hernández, 1998, p. 11).
- 19 Esta pregunta se ve reforzada al revisar el texto de Pollock, utilizado por Rodríguez para diferenciar los sentidos intensionales y extensionales de relaciones y funciones, a saber: “It is this that makes set theory such a handy vehicle for talk about relations. For the purposes of set theory, relations are identified with their extensions [...] Just as in the case of relations, in set theory we confine our attention to functions in extension, distinguishing between them and functions in intension, and we reserve the term ‘function’ for functions in extension” (Pollock, 1990, p. 20 y 31).
- 20 A modo de doble recordatorio. Explícitamente Rodríguez (2021, p. 434) señala que: “un sistema estático pertenece a un sistema dinámico si posee cierta propiedad P, definitoria de la relación de pertenencia”. Y, si bien según el principio de comprensión de Cantor la colección de todo objeto que comparte una propiedad forma un conjunto, en una teoría axiomática el esquema de la comprensión (sea $P(x)$ una propiedad de x . Para cualquier conjunto A hay un conjunto B tal que $x \in B$ si y solo si $x \in A$ y $P(x)$) tiene por propósito postular la existencia del conjunto de todos los objetos que tienen una propiedad dada, los cuales pertenezcan a otro conjunto ya dado de antemano. Por ende, para especificar un

conjunto no basta con dar una propiedad, sino también disponer de un conjunto a cuyos elementos puede aplicarse esa propiedad, de este modo se evita la paradoja de Russell dirigida a la teoría intuitiva o simple de conjuntos, véase Hernández, 1998, p. 11.

- 21 Dejo al margen la observación en torno a ¿qué significa que una norma fue modificada? tanto bajo una concepción semántica como sintáctico-semántica de las normas. Alternativas ambas desarrolla por Rodríguez a lo largo del capítulo.
- 22 Un desarrollo mayor de estas propuestas en Agüero-SanJuan, 2023.
- 23 Opto por hablar de eliminación de consecuencias jurídicas y no de su modificación, en razón de su carácter ideal o abstracto y, consecuentemente, seguir los criterios de identidad que los determinan. Sobre normas jurídicas y objetos abstractos véase Agüero-SanJuan, 2022a, pp. 69-101.
- 24 Sin haber encontrado una equivalencia explícita, en ocasiones pareciera que las expresiones 'reforma' y 'revisión' aluden a fenómenos similares, aunque no idénticos.
- 25 Es posible pensar que habría, al menos, dos nociones de tiempo distintas involucradas. Sobre las nociones de tiempo implicadas en la teoría de los sistemas jurídicos, véase Agüero-SanJuan, 2022b.
- 26 Dejo al margen la pregunta sobre si la promulgación realizada por autoridades de jerarquía diversa es o no conmutativa. Esta pregunta resulta relevante tanto bajo un modelo depurado como bajo uno no-depurado de los sistemas jurídicos. Estas alternativas son desarrolladas por Rodríguez a lo largo del capítulo.
- 27 La posibilidad de individualizar o identificar normas derivadas dentro de un sistema se refuerza al recordar el tratamiento realizado sobre los casos de indeterminación lógica del sistema.
- 28 En este punto Rodríguez sigue a Guibourg y Mendonca (2004, pp. 130-133). Sin embargo, estos últimos parecen ser algo más cautos, porque no consideran a *lex specialis* como una pauta interpretativa, sino más bien sugieren que reposa en criterios semejantes a los empleados para elegir un significado entre varios que puedan atribuirse al texto de una misma norma con base en tres consideraciones: (i) no ofrece una justificación pragmática clara (ni fuente ni fecha); (ii) ante conflictos normativos su aplicación puede entenderse como la enunciación de una regla general con excepciones; y (iii) frente a conflictos entre criterios, quienes aboguen en su favor tienden a argumentar a través de una remisión al fundamento del principio, o bien, a las consecuencias de las interpretaciones.
- 29 Por ejemplo, valga por todos Guastini, 2016, pp. 550-553.
- 30 En relación con este ejemplo es ilustrativo el art. 4 del Código Civil chileno "Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código.", considerado por la doctrina como una consagración del principio de especialidad, por ejemplo, véase Barrientos Grandon, 2013, p. 40. Un ejemplo jurisprudencial se puede encontrar en Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda RDJ 1981: II-175– 06.10.1981, caso en

el cual las normas de ley de matrimonio civil en materia de nulidad prevalecen sobre las contenidas en el Código Civil.

- 31 Si bien por consideraciones de espacio no puedo desarrollar la argumentación, al menos, resulta interesante preguntar ¿cuál es la fuente y/o la fecha de una norma derivada de varias normas del sistema, las cuales tienen distintas fuentes y/o fechas? Quizá, esta pregunta ayuda a matizar la claridad atribuida *lex superior y lex posterior* frente a la opacidad asignada a otra *lex specialis* en relación con las características del acto de promulgación.
- 32 Valga por todas Corte Suprema rol n° 61 – 2009 de 11.11.09; Corte de Apelaciones de Santiago rol n° 568 – 2017 de 03.04.18.
- 33 Incluso el propio Rodríguez parece tener simpatía por esta posición cuando sugiere: “Dado que se entiende aquí que las normas son meros textos no interpretados, y dado que no hay relaciones lógicas entre entidades semejantes, la evaluación de la compatibilidad lógica con las interpretaciones que se atribuyan a los textos constitucionales solo podría cumplirse en una etapa posterior, de modo que no cabría predicar de tales entidades ni validez ni invalidez desde el punto de vista material”. Sobre los criterios de identificación de conflictos normativos véase Agüero-SanJuan, 2015.
- 34 Una idea similar es posible desprenderla de la doctrina chilena, por ejemplo, revisar Escobar Riffo, 1966, p. 29, Pescio Vargas, 1978, p. 256, Claro Solar, 1992[1918], p. 125 y Alessandri, *et al.*, 1998, p. 130.

Recepción: 13 diciembre 2022

Aceptación: 30 marzo 2023