

# UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Friedrich Müller\*

1 Acerca del concepto. 2 origen histórico. 3 El contexto de la prohibición de la negación de justicia. 4 Crítica de la unidad del ordenamiento jurídico como crítica del positivismo. 5 Unidad de la constitución. 6 Conclusiones. Bibliografía.

## RESUMEN

Una expresión que encierra múltiples actividades, la Unidad del ordenamiento jurídico es tomada como una característica o axioma o postulado del Derecho. Hija del Derecho Natural de tradición racionalista, fue adoptada por el Derecho Positivo. En lo que toca la unidad como un todo y en cuanto unidad de la Constitución, el análisis presentado es conducido bajo los aspectos racionales, históricos y positivistas, así como bajo la orientación de la teoría estructurante del Derecho. La conclusión es que la Unidad del ordenamiento jurídico – como un dato o una meta inspiradora de la práctica jurídica – es ilusoria.

**Palabras-clave:** Unidad. Ordenamiento jurídico. Constitución. Teoría estructurante del Derecho. Ilusión.

## 1. ACERCA DEL CONCEPTO

Se entiende por “unidad” del ordenamiento jurídico (EdR), por ejemplo, una característica del sistema científico referida al derecho positivo, aunque también una característica de aproximación analítica y de su punto de referencia, es decir, una unidad del conocimiento científico. La “unidad” del Derecho puede ser introducida no solo como axioma sino también como postulado del trabajo jurídico. Sin embargo, la unidad no cambia únicamente en función de su localización, sino también en función de una disciplina u otra; así, entre el Derecho público e internacional, el Derecho internacional privado, el Derecho

\* Friedrich Müller nasceu em 1938. Estudou Direito e Filosofia em Erlangen-Nurembergue e Friburgo-em-Brigau (Alemanha). Em 1964, doutorou-se em Direito pela universidade de Friburgo-em-Brigau e, em 1968, obteve o título de livre-docente e a licença para assumir cátedras nas áreas de Direito do Estado, Direito Administrativo, Direito Eclesiástico, Filosofia do Direito e do Estado, bem como Teoria do Direito. De 1968 a 1971, lecionou na Universidade de Friburgo-em-Brigau. Em 1971, assumiu uma cátedra na Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, onde coordenou o Núcleo de Direito Público de 1973 a 1975. A partir de 1975, e novamente a partir de 1979, foi diretor daquela Faculdade de Direito. Desde 1989, vem-se destacando nas áreas de pesquisa e de publicações científicas. Também tem atuado como professor-visitante e pesquisador em diversas universidades estrangeiras, sobretudo na África do Sul e no Brasil. Além de sua carreira jurídica Friedrich Müller também se destaca como literato (poesia e prosa), tradutor e cineasta. E-mail: mullerfedja@arcorde

penal y el Derecho civil. Mezclada con otras variantes de significado, el argumento adolece de un uso muy inseguro.

## 2. ORIGEN HISTÓRICO

### I. Derecho Racional

La expresión multívoca unidad del ordenamiento jurídico es hija del Derecho natural de tradición racionalista, habiendo sido adoptada más tarde por el positivismo jurídico. El Derecho natural, de fecha más reciente, así como el positivismo, proceden axiomáticamente, pretenden construir un sistema riguroso de conocimiento exacto, y necesitan de un raciocinio codificador: mediante un acceso de autoridad, el legislador regula todo lo regulable; fuera de sus instrucciones solo cabe imaginar el “espacio jurídico vacío”; se considera coherente el derecho sistematizado y formalizado por el Estado constitucional institucionalizado de la Europa moderna; Derecho monopolizado y burocratizado. Todo comportamiento social humano deberá ser normalizable, anticipado por medio de normas. Al ordenamiento jurídico, en cuanto engranaje jurídico, le corresponde la imagen de “unidad” del fondo normativo existente. La idea de una legislación exhaustiva, el optimismo social de una época de Derecho racional, se basaban ingenuamente tanto en conceptos de coherencia e integridad como en la ausencia de contradicciones internas, pero sin configurarse a modo de un programa de Ciencia y práctica jurídica.

### II. Positivismos

No fue hasta la llegada de la Ciencia pandectística y del positivismo legalista cuando se exageró este planteamiento, estableciéndose la pretensión de practicar la Ciencia jurídica como un sistema conceptual coherente, de permitir derivar las decisiones por medio de la lógica a partir del sistema, del *concepto* y de la doctrina científica, y poder resolver los casos jurídicos mediante subsunción silogística. Los conceptos jurídicos parecen ofrecer un *numerus clausus* de axiomas. No solo el propio ordenamiento jurídico, sino también el sistema conceptual de una Ciencia jurídica purista, debe estar necesariamente definido por el marchamo de la “unidad”. La realidad es reprimida del área de actuación del trabajo jurídico. El positivismo se interroga sobre como la ciencia jurídica podría llegar a ser autónoma, como podría proceder “de un modo puramente jurídico”. Los positivistas de los años de la especulación después de 1870 (Carl-Friedrich von Gerber) ya percibieron esta definición como un factor político. El pretendido carácter coherente y la ausencia de contradicciones del Derecho dogmáticamente formalista, su “fuerza de expansión lógica” (Karl-Magnus Bergbohm), la capacidad de poder “emparejar” conceptos jurídicos y “generar nuevos” (así lo expresa Rudolf von Ihering en su época de novel) no solamente delatan la fe en la indisputabilidad de la lógica jurídica, sino también una bien definida política científica.

### III. Crítica histórica

En la época finisecular (1900), esta doctrina dominante fue puesta en tela de juicio, hablándose del “falso dogma de la coherencia del sistema jurídico” (Georg Jellinek, en términos similares Erich Jung). La doctrina de la Escuela del derecho libre, la Jurisprudencia de intereses y el debate en torno a la orientación del Derecho público en los años veinte (S. XX), hizo patente el fracaso de la tesis criptoiusnaturalista de la unidad. Un frente amplio de autores dentro de la literatura jurídica especializada, abrazaron masivamente las metáforas de los denominados “sistemas” de Derecho: dinámicos, abiertos, fragmentarios, no-axiomáticos, no-deducibles. Los problemas planteados en la práctica jurídica cotidiana pasaron a asumir el liderazgo, relegando a un segundo plano la fe en el sistema y en la unidad.

### 3. EL CONTEXTO DE LA PROHIBICIÓN DE LA NEGACIÓN DE JUSTICIA

Para el Positivismo se supone que el Derecho, al objeto de poder ser “aplicable” lógicamente, no solamente debe estar libre de contradicciones, sino que tampoco debe presentar lagunas. Esta situación había constituido la meta de las codificaciones del Derecho racional; habiendo sido abandonada hace mucho. La ciencia pandectística y el positivismo desplazaron el postulado hacia la ausencia de lagunas, no del sistema de normas, pero sí del sistema de conceptos. Esa metafísica deudora de un Derecho natural burgués de los años especulativos después de 1870, tenía una función política de primer orden. El debate en torno al denominado Derecho de creación judicial, ha buscado situarse en este punto desde la Escuela de Derecho libre. Debe destacarse aquí que la prohibición de la negación de justicia en las sociedades modernas, no necesita la ausencia de lagunas como correlativo tal y como se ha venido afirmando, porque cabe distinguir, de un lado, entre el fondo normativo existente y las necesidades efectivas de la práctica y, de otro lado, entre el Derecho material y el Derecho procesal. Tomando como base la demanda social de normativización, no ha habido ordenamiento jurídico que no haya resultado ser incompleto. En el Estado de Derecho, una parte litigante recibe, *lege lata*, una respuesta que constituye un derecho, aunque su contenido sea negativo, si bien correcta desde el punto de vista procesal. La prohibición de la negación de justicia no conlleva la suposición de una unidad coherente.

### 4. CRÍTICA DE LA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO CRÍTICA DEL POSITIVISMO

Desde la Escuela del Derecho libre, la Jurisprudencia de intereses y la Ciencia jurídica de orientación sociológica, la objeción tradicional contra los dogmas unitaristas afirma que el carácter integral del ordenamiento jurídico apenas sería más que un postulado, puesto que el juez siempre se vería ante la necesidad de “colmar las lagunas de ley mediante un acto de creación jurídica” (Arthur Kaufmann). Tal crítica no es, sin embargo, suficientemente amplia.

Desde la misma se apunta a la experiencia jurídica cotidiana de la insuficiencia lógica, o al fracaso de los ideales del “silogismo” y de la “subsunción”. Sin embargo, no se ponderan suficientemente ni el concepto de *Norma* ni las características de lo que representa.

En efecto, el positivismo se ha dejado y aún se deja llevar por una ficción, por su imagen del Derecho como unidad, por su comprensión de la resolución como subsunción lógica que deja al margen cualquier elemento del orden social no dogmatizado en la normativa. Pese a ello, las doctrinas del Derecho libre, del Derecho supeditado a los intereses, del Derecho de creación judicial, de las corrientes tópicas, de la hermenéutica proveniente de las Ciencias del espíritu, del decisionismo, de la doctrina de la integración y de otros antipositivismos, han preferido presentar una crítica de detalles en lugar de comenzar por cuestionar la Norma y el concepto de Norma.

Si, por el contrario, con la teoría jurídica estructurante se distinguiera sistemáticamente tanto entre la Norma Jurídica y el texto de la Norma, como entre la Norma Jurídica y la Norma de decisión, se aclararía la idea del “Derecho vigente”: lo que habitualmente se denomina así, se refiere al conjunto de los textos de normas, los cuales únicamente en la causa han de ser desarrollados, a su vez, según unas reglas metodológicas, para configurarse en normas jurídicas y éstas, a su vez, en normas de decisión. Asimismo quedaría claro, de otro modo, que “unidad”, “integridad” y “coherencia”, se han confundido con la positividad y la equivalencia de las normas de una codificación así como con la identidad del fondo normativo existente.

## 5. UNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

### I. Acerca del concepto

Este enfoque también permite describir de forma más precisa las formas de utilización de la expresión “unidad de la Constitución”. A través de este ejemplo, la Teoría constitucional estructurante ha definido algunos tipos de conceptos formales de unidad (ausencia de lagunas-libertad de oposición; unidad del texto; unidad del rango de las fuentes de derecho-unidad de la estructura constitucional), así como varias teorías de unidad referidas al contenido, a saber, tipos ideológicos, de la historia de la Constitución, legitimadores, funcionales y metodológicos de regreso a una unidad de la Constitución.

### II. El origen histórico

Los orígenes de la expresión unidad de la Constitución se remontan a la República de Weimar. Para Rudolf Smed, una Constitución es la normativización de los aspectos específicos del proceso en el cual el Estado reproduce constantemente su proceso vital; la Constitución, por tanto, no debe atender a particularidades, sino a la “totalidad del Estado y a la totalidad de su proceso

de integración”. Es un pensamiento que no solamente contempla la totalidad, sino que también emana de la totalidad de su unidad. Hans Kelsen destacó lo que este holismo tiene de problemático. Para él, la unidad del Estado solamente puede ser fundamentada desde el punto de vista normativo, y el ordenamiento jurídico solo constituye una unidad como ordenamiento lógico: con la característica de poder ser descrito mediante normas jurídicas que no se contradigan recíprocamente. La magnitud formal “norma fundamental”, constituye la unidad en la multiplicidad de las normas. En cambio, Carl Schmitt señaló la deficiencia de un criterio que se reduce al imperativo positivista aislado; cabe añadir que se limita, sobre todo, a la configuración lingüística de la Norma: su texto. Sin embargo, la voluntad decisionista existente, que no se desea más que a sí misma, atropella cualquier normatividad materialmente vinculada a unos hechos; “la totalidad de la unidad política” (Carl Schmitt), ofrece un ejemplo extremo de un holismo no estructurado. La totalidad, en cuanto fuente de argumentos, tiende al poder y a su manipulación incontrolada. A esa tendencia, el Estado de Derecho contrapone los imperativos de vinculación al Derecho y a la Constitución, el carácter determinante de los hechos, la claridad de los métodos, y una fundamentación racional suficiente. Al sacar conclusiones a partir del conjunto y su unidad, no cumple los requisitos de los métodos democráticamente vinculados y configurados conforme al Estado de Derecho.

### III. La práctica de los tribunales

A partir de la sentencia del Estado del Sudoeste (VBerfGE 1,14ss.), en práctica, el Tribunal Constitucional Federal procura imponer esta visión de la Ley Fundamental como una unidad. El Tribunal Federal Supremo sigue esa tendencia en ocasiones, con fórmulas del tipo: “unidad indivisible” o “el conjunto del orden de valores”. El Poder Judicial ha generado un caos de modos de utilización de ese argumento. Asimismo, la segunda sala del Tribunal Constitucional Federal afirmarían en su tesis sobre la unidad, que existían diferencias jerárquicas genéricas en el Derecho constitucional positivo; por el contrario, la primera sala del propio Tribunal Constitucional Federal considera que, de la sentencia sobre la igualdad de derechos (BVerfGE 3, 225 ss.), cabe concluir, justamente desde la unidad de la Constitución, que las normas de la Ley Fundamental deben tener, en principio, el mismo rango jerárquico. Desde el punto de vista del Estado de Derecho, la interpretación de la Constitución conforme a la legislación fundamental, de la segunda sala, no es defendible. Desde el punto de vista del Estado de Derecho, la interpretación de la segunda sala, de conformidad con el principio, se revela insustentable.

### IV. Crítica desde la Teoría Estructurante del Derecho

Un análisis acerca de los puntos de vista formales, de contenido y metodológico, conduce a resultados claros: la Ley Fundamental no está necesariamente desprovista de lagunas ni exenta de contradicciones. Pero sí ordena la integridad

del texto y el rigor del texto, en el sentido de una unidad del documento constitucional en el ámbito formal: la Ley Fundamental no presenta rangos jerárquicos distintos, ni disocia jurídicamente grupos concretos de normas de otros grupos. Por tanto, la Ley Fundamental conoce una unidad formal de rango jerárquico de las fuentes del Derecho. Y, excepción hecha de las disposiciones sobre la legislación hecha de las disposiciones sobre la legislación de emergencia, una unidad de su estructura normativa. Por eso la Ley Fundamental conduce a una unidad de grado jerárquico de las fuentes del Derecho y, sin la consideración de las prescripciones sobre el Estado de emergencia, a una unidad de su estructura normativa. Para estos casos, aunque la expresión “unidad de la Constitución” pudiera ser utilizada, resulta, sin embargo, superflua. Lo que expresa, resulta de las características generales de la Constitución escrita y/o de las normas individuales de la Ley Fundamental. Todas las cuestiones acerca de una unidad de la Constitución encuentran respuesta, en todo caso, a través de las características de su positividad, al menos en lo que se refiere a la Ley Fundamental de República Federal de Alemania. La positividad de la Constitución resuelve tanto los casos en los que el discurso de unidad de la Constitución fracasa delante de la propia Constitución (ausencia de lagunas, exención de contradicciones, unidad ideológica), como también aquellos casos en los cuales la tesis de la unidad ya se ve fundamentada por el Derecho positivo (unidad legitimadora, unidad funcional, unidad como medio de interpretación sistemática y armonizadora de la Constitución). Lo mismo vale para los tipos y mencionados más arriba (unidad documental, unidad del rango jerárquico de las fuentes del Derecho, así como de la estructura normativa de Constitución).

## 6 CONCLUSIONES

La expresión “unidad de la Constitución”, también puede ser abandonada donde la misma pudiera ser utilizada de forma razonable. Esta expresión no puede continuar sirviendo a los intentos de desdibujar la línea divisoria entre argumentos orientados según las normas y argumentos de política jurídica desvinculados de las normas. El intento de salvación popularizado desde las aportaciones de Rudolf Smend, de considerar la unidad no como algo dado pero sí como una tarea, tampoco lleva a parte alguna. La práctica de las magistraturas supremas lo pone de manifiesto involuntariamente. Si la unidad en cuanto un hecho dado no existe, tampoco existe como una meta a la que haya de aspirarse en la práctica. De lo contrario, sustituiremos una ilusión por otra, esto es, a la ilusión positivista por la ilusión antipositivista. Lo que, a largo plazo, sí conduce más lejos, es una estructuración postpositivista del campo de problemas.

Los argumentos engañosos acerca de la “unidad”, sea del ordenamiento jurídico en su totalidad, sea de la Constitución, conducirán a caminos errados. Son ejemplos de un holismo irracional del trabajo jurídico, que puede ser abandonado sin perjuicio de ese mismo trabajo; que debería ser abandonado en interés de una actuación de los juristas de conformidad con el Estado de Derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERGBOHM, Karl: **Jurisprudenz und Rechtsphilosophie**. Leipzig, 1892, v. 1.
- BURCKHARDT, Walter. **Die Lücken des Gesetzes und der Gesetzesauslegung**. Bern, 1925.
- ENGISCH, Karl. Der rechtsfreie Raum. En: **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 108, 1952, 385 ss.
- \_\_\_\_\_. **Die Einheit der Rechtsordnung**. Heidelberg, 1935.
- GERBER, Carl-Friedrich-Wilhelm von. **Grundzüge des deutschen Staatsrechts**. 3. ed. Leipzig, 1880.
- JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. 3. ed. Darmstadt, 1960.
- JUNG, Erich. “Von der ‘logischen Juristenfakultät für Heinrich Dernburg, Geschlossenheit’”, En: **Festgabe des Rechts, Giessener Juristenfakultät für Heinrich Dernburg**. Berlin, 1900.
- KAUFMANN, Arthur. “Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik”, en: Norbert Horn (ed.): **Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart**. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, v. 1, München, 1982, 5317 ss.
- KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2 ed. Wien, 1960.
- LABAND, Paul. **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**. 5. ed. Tübingen, 1911, v. 1.
- LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 5. ed. Heidelberg, 1983.
- LUHMANN, Niklas. Die Einheit des Rechtssystems. En: **Rechtstheorie** 14 (1983), 129 ss.
- MÜLLER, Friedrich. **Die Einheit der Verfassung**. Elemente einer Verfassungstheorie III, Berlin, 1979.
- MÜLLER, Friedrich. **Strukturierende Rechtslehre**. 2. ed. Berlin, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Juristische Methodik**. 7. ed. Berlin, 1997.
- SCHMITT, Carl. **Vergfassungslehre**. 4. ed. Berlin, 1965.
- SMEND, Rudolf. **Verfassung und Verfassungsrecht**. München, 1928.

## THE UNITY OF LEGAL SYSTEM

### ABSTRACT

An expression that carries multiple meanings, the unity of legal system is taken as a legal characteristic, axiom or postulate. Arising from Natural Law of the rationalist tradition, unity was adopted by Positive Law. Whether regarding the legal system as a whole or the Constitution, the analysis presented here is conducted under rational, historical and positivist aspects, and also under the guidance of the structuring theory of Law. The conclusion is that the unity of the legal system - as a data or as an inspiring goal of legal practice - is illusory.

**Keywords:** Unity. Legal system. Constitution. Structuring Theory of Law. Illusion.