

EL PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA

ALFONSO RUIZ MIGUEL

SUMARIO: I. PROPÓSITO DEL ESTUDIO.—II. EL ÓRGANO, LA APLICABILIDAD EN CONFLICTOS Y LA FISCALIZACIÓN JUDICIAL.—III. LA DEROGABILIDAD NORMATIVA: ESPECIALIDAD Y CAPACIDAD DEROGATORIAS.—IV. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA VALIDEZ NORMATIVA.—V. DEBER DE ACATAMIENTO Y REGLA DE RECONOCIMIENTO.

I. PROPOSITO DEL ESTUDIO

El problema que pretendo tratar es el siguiente: ¿Cuál es, desde un punto de vista jurídico, la razón del principio de jerarquía normativa?; o, de otro modo, ¿cuáles son los criterios jurídicos por los que se determina la existencia de una relación jerárquica entre normas jurídicas? Al referirme al punto de vista jurídico, excluyo el análisis de las razones históricas, políticas, funcionales u otras que pudieran explicar la existencia de ordenamientos jurídicos que jerarquizan sus normas, para fijarme en los criterios más significativos aducidos por los juristas como explicación técnica del principio.

Por lo demás, si bien el plano en el que aquí se moverá el análisis es de teoría general del Derecho —en mayor conexión, tratándose de un problema último, con la filosofía jurídica que con la dogmática jurídica—, eso no implica que se pretenda descubrir algo semejante a la esencia de la relación de jerarquía normativa, como si tal relación fuera independiente de lo que prescriben los ordenamientos jurídicos que establecen relaciones jerárquicas entre sus normas. No se prejuzga aquí la cuestión —ni siquiera se entra en ella— de si todo ordenamiento jurídico es una estructura jerárquicamente organizada de normas. Al contrario, es más bien a partir del análisis de determinados criterios y ejemplos —muchos de ellos extraídos del Derecho español—

como se intentará justificar una tesis general sobre la razón jurídica de las relaciones jerárquicas en los ordenamientos que las establecen de manera similar a como lo hace el nuestro (1).

La exposición se divide en cuatro partes: en las tres primeras analizaré sendos grupos de criterios que se han utilizado en ocasiones para dar razón de la jerarquía normativa, pero que no son más que simples efectos o manifestaciones —nunca necesarias y, menos, razón suficiente— de tal jerarquía, y en la cuarta concluiré proponiendo el criterio que me parece adecuado para explicar jurídicamente la existencia de relaciones jerárquicas en ordenamientos jurídicos complejos similares al español.

II. EL ORGANO, LA APLICABILIDAD EN CONFLICTOS Y LA FISCALIZACION JUDICIAL

La significación del principio de jerarquía normativa se ha tratado de obtener a veces acudiendo al *órgano creador de la norma*. Según este criterio, una norma es jerárquicamente superior (o igual) a otra porque es superior (o igual) el tipo de órgano que la crea (2). Desde el punto de vista teórico-

(1) HERNÁNDEZ MARÍN presenta la objeción de que los criterios utilizados por KELSEN y MERKL para explicar la jerarquía normativa son puramente contingentes, concluyendo que «la jerarquía normativa vienesa no existe» y que «no hay más jerarquía normativa que la jerarquía semántica» (cfr. *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 159-160 y 173-175); sin embargo, se trata de una objeción inadecuada si lo que se ha de esperar de la teoría jurídica no es la obtención de un concepto esencial del Derecho caracterizado por rasgos apriorísticos; se trata además de una objeción injusta con MERKL, quien entendía la teoría general del Derecho administrativo como una construcción inductiva, obtenible a partir de rasgos comunes a distintos Derechos positivos (cfr. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Julius Springer, Viena y Berlín, 1927, trad. cast., por donde se cita, *Teoría general del Derecho administrativo*, Editora Nacional, México, 1980, p. 2), y, por tanto, no pretendió sostener que la jerarquía normativa y sus criterios fueran un elemento esencial de todo sistema jurídico.

(2) Así, TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ escribe: «La jerarquía de las normas no es nunca una jerarquía de los procedimientos de producción y elaboración de las normas, sino un reflejo y una consecuencia de la diferente calidad de los sujetos que las producen» (*Las leyes orgánicas y el bloque de constitucionalidad. En torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, p. 77); esta respuesta me parece más plausible desde un punto de vista político-doctrinal que teórico-jurídico, pero incluso en aquel plano denuncia una enorme vaguedad, pues, según se entienda el criterio de «la diferente calidad de los sujetos», tanto puede ser superior el legislador ordinario como el juez constitucional, tanto el Parlamento cuando

jurídico, esta apelación a los órganos no soluciona gran cosa porque remite el problema de la jerarquía normativa a la determinación de por qué un órgano es jurídicamente superior (o igual) a otro. En ese camino, además, puede existir la tentación de decir, como hizo MERKL (3), que la relación de jerarquía entre órgano y norma es justo la contraria, es decir, que un órgano es superior a otro porque tiene una función o competencia normativa superior. Sin embargo —dejando a un lado la relación entre jerarquía y competencia—, preguntar por la razón de la jerarquía del órgano o, por el contrario, de la norma es una cuestión convencional y de punto de vista, hasta el punto de que podría asemejarse a la vieja e irresuelta cuestión de si fue antes el huevo o la gallina o, en nuestro asunto, si es antes el poder o la norma.

Sólo que, me parece, hay al menos tres razones que hacen más oportuno adoptar convencionalmente el punto de vista de la norma para analizar el principio de jerarquía: *a)* hay casos en los que un mismo órgano tiene capacidad para dictar normas con rango diferente: un Parlamento puede aprobar leyes ordinarias y de rango constitucional, el Consejo de Ministros puede dictar decretos-ley y decretos; *b)* hay casos en los que órganos diferentes elaboran normas cuyas relaciones jerárquicas son más fáciles de determinar por el tipo de normas de que se trata que por el órgano que las produce: así, las normas del gobierno con y sin fuerza de ley en relación con las leyes aprobadas por el Parlamento, y *c)* hay casos en los que normas del mismo grado son aprobadas por órganos en parte comunes y en parte diferentes: así, la reforma constitucional sobre determinadas materias puede tener que ser aprobada por el Parlamento que decide la reforma, mientras que sobre otras materias se puede exigir la elección de un Parlamento constituyente; igualmente, ciertas reformas pueden ser realizadas sólo por el Parlamento, mientras otras requieren además el concurso del pueblo a través del referéndum.

Si es preferible atender a las normas, se ha de excluir de antemano que la razón de la jerarquía sea la *aplicabilidad en caso de conflicto* de la norma superior sobre la inferior. Según este criterio, entre un tipo de norma X y un tipo de norma Z sería superior aquel que debe ser aplicado en caso de conflicto. Sin embargo, hay al menos tres razones para rechazar este criterio. En primer término, si el criterio de la aplicabilidad en caso de conflicto se tomará al pie de la letra, resultaría que tendrían rango superior todas las normas extranjeras aplicables en supuestos de Derecho internacional privado. En segundo término, aparte del caso anterior, la preferencia en la aplicación

legisla como el pueblo cuando desobedece consuetudinariamente una norma o crea Derecho a través de usos normativos.

(3) *Op. cit.*, pp. 52-53.

entre dos normas puede darse por otras varias razones que su diferente rango, como la posterioridad de una de ellas, la relación de generalidad-especialidad entre una y otra, la existencia de una distribución previa y excluyente de la competencia entre las dos o, en fin, la alegación de principios jurídicos o de razones de justicia material. En fin, ni siquiera la preferencia que oficialmente tiende a otorgarse en sistemas jurídicos como el nuestro al principio de jerarquía sobre otros criterios de resolución de antinomias garantiza la aplicación dominante de aquél: en la relación entre determinados tipos de normas es perfectamente posible, y quizá hasta usual, que el criterio de especialidad domine en la práctica sobre el de jerarquía, aplicándose la norma inferior especial que contradice una norma superior general. De manera que la aplicabilidad en caso de conflicto es a veces insuficiente y a veces innecesaria para sustentar la existencia de una relación de superioridad jerárquica entre normas. Además, incluso aunque en un hipotético sistema jurídico la superioridad jerárquica fuera —tanto oficialmente como en la práctica— el criterio exclusivo de selección de normas en contradicción, la aplicabilidad de un tipo de norma sobre otro no sería más que el efecto o la consecuencia (necesaria en tal caso) del rango jerárquico, pero no su razón de ser, puesto que para aplicar la norma superior en un conflicto deberíamos saber de antemano precisamente qué norma es superior. Con el criterio de la aplicabilidad en caso de conflicto, así, pues, seguiríamos sin saber cuál es la razón por la que una norma es superior a otra.

La aplicabilidad en caso de conflicto no es la única consecuencia aparentemente posible de la existencia de una relación de superioridad jerárquica entre dos normas. Otra muy significativa es la previsión de un procedimiento judicial o similar de *fiscalización* como medio de garantizar el respeto al rango superior de determinadas normas: ejemplos notorios de ello son los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes y de la legalidad de la Administración. Sin embargo, este tipo de mecanismos únicamente sirve para asegurar, en lo posible y sólo en parte, el respeto al rango superior de la clase de norma en cuestión (4), pero tampoco se trata de una manifestación necesaria de la relación de superioridad jerárquica. En efecto, cabe que no exista un procedimiento de fiscalización que merezca tal nombre —por ejemplo, porque la determinación de la constitucionalidad de las leyes se confía en exclusiva al Parlamento—, sin que por ello sea obligado dejar de sostener

(4) Digo que la fiscalización suele garantizar sólo *en parte* el respeto a la jerarquía normativa porque es un mecanismo de control de violaciones positivas de las normas superiores por parte de las inferiores y no de los incumplimientos por omisión (de ahí la imagen del «legislador negativo» atribuida a los tribunales constitucionales similares al nuestro).

la superioridad de una determinada norma. No parece dudoso que la Constitución de los Estados Unidos habría seguido siendo la norma superior aunque no se hubiera resuelto como se resolvió el caso *Marbury vs. Madison*: aun suponiendo que esa sentencia y las que la secundaron no hubieran existido, no sería en absoluto forzoso, sino más bien inaceptable, identificar la posición jurídica del legislador estadounidense, limitado por la Constitución, con la del ilimitado legislador británico (5).

III. LA DEROGABILIDAD NORMATIVA: ESPECIALIDAD Y CAPACIDAD DEROGATORIAS

Una propuesta diferente a las anteriores está relacionada con la idea de derogabilidad: se ha afirmado en alguna ocasión que una norma es superior a otra cuando puede derogarla sin poder ser derogada por ella gracias a la existencia de un procedimiento especial de reforma de la primera (6), sobrentendiéndose que son de igual rango cuando ambas pueden derogarse recíprocamente. Sin embargo, conviene separar dos tesis diferentes en la anterior formulación de la idea de la derogabilidad, que proceden, creo, del doble significado de la expresión «no poder» en contextos normativos: uno relativo, como impedimento superable o mera dificultad normativa, y otro absoluto, como prohibición o imposibilidad normativa. En efecto, un criterio, que puede llamarse de la especialidad derogatoria, se refiere a la mayor dificultad de derogación, dificultad por la que una norma de tipo X no puede ser derogada o modificada si no se cumplen determinados requisitos especiales más gravosos que los necesarios para derogar o modificar una norma de tipo Z, debido a la existencia de un mecanismo especial de reforma que dificulta la derogación o modificación del primer tipo de norma. En cambio, el otro criterio, que puede llamarse de la capacidad derogatoria, se refiere a la convergencia entre la posibilidad jurídica de que una norma X derogue a una

(5) Véase GEOFFREY MARSHALL, *Constitutional Theory*, University Press, Oxford, 1980; se cita por la trad. cast. de RAMÓN GARCÍA COTARELO, *Teoría constitucional*, Espasa-Calpe, Madrid, 1982, pp. 142-144.

(6) Así, Kelsen dice que la Constitución puede ser formalmente superior a la ley «bajo el presupuesto de que la simple ley no tenga fuerza como para derogar la norma constitucional que determina su producción y su contenido; es decir, cuando la norma constitucional sólo pudiera ser modificada o suprimida bajo condiciones más difíciles, como la de contar con una mayoría cualificada, un *quorum* más elevado, etc.» [*Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Viena, 1960, § 35, a); hay trad. cast. de ROBERTO VERNENGO, *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México, 1979, p. 234].

norma Z y la imposibilidad inversa de que la norma Z derogue a la norma X, nada de lo cual depende de la previsión de un procedimiento especial de reforma, que puede existir o no, sino simplemente de la prohibición de derogar o modificar la norma de tipo X mediante el procedimiento de reforma de la norma de tipo Z, junto con la autorización para derogar o modificar la norma de tipo Z mediante el procedimiento de reforma de la norma de tipo X.

La diferencia entre el criterio de la especialidad derogatoria y el de la capacidad derogatoria puede verse en la relación entre una norma X, relativa a determinada materia y sólo derogable por A + B (el Parlamento y un referéndum, por ejemplo), y una norma Z, derogable tanto por A como por A + B. Pues bien, mientras una norma X sería superior a una norma Z según el criterio de la especialidad derogatoria —ya que se produce una mayor dificultad de derogación por la obligación de cumplir con requisitos más gravosos para la reforma de la primera norma—, ambas clases de normas podrían tener igual rango jerárquico según el criterio de la capacidad derogatoria si, por ejemplo, pudieran derogarse recíprocamente (siempre mediante el referéndum obligatorio para las normas de tipo X). Así, pues, deben analizarse los dos criterios por separado.

El criterio de la *especialidad derogatoria* es claramente inadecuado para dar cuenta de la superioridad jerárquica. No es cierto que siempre que una norma de clase X deba ser reformada por un procedimiento especial y más gravoso que el de la clase de normas Z, la primera sea por ello superior a la segunda, sino que una y otra pueden ser de igual rango. En efecto, si se tomara en serio, el criterio de la especialidad derogatoria conduciría inexorablemente a la tesis de que las normas relativas a una materia y sólo modificables por un determinado procedimiento más referéndum tienen mayor valor jerárquico, por ese solo hecho, que otras normas en todo iguales a las anteriores, salvo en que se refieren a distinta materia y en que no es obligatorio el referéndum para su derogación o modificación; así, habría que deducir la existencia de dos rangos jerárquicos en nuestra propia Constitución, a partir del simple hecho de que para la reforma de determinadas materias constitucionales se prevé un determinado procedimiento con referéndum potestativo, mientras que para otras el procedimiento es más gravoso y el referéndum obligatorio. Y no cabe pensar que la igualdad de rango en estos casos se produce sólo porque concurre el llamado criterio de competencia —es decir, la atribución en exclusiva de la capacidad de regulación de ciertas materias por ciertos procedimientos y/u órganos—, pues no siempre se considera que existe una relación de superioridad jerárquica entre dos tipos de normas cuya distribución de competencias no es tajante o clara y que deben aprobarse, respectivamente, por un procedimiento simple y otro agravado: sirva también

de ejemplo nuestra Constitución, donde los dos procedimientos de reforma tienen una materia en parte común —los títulos III a IX pueden ser reformados por el sistema simple o por el agravado, según se trate de reformas aisladas o de una reforma global—, sin que haya cundido la doctrina de que correspondan a dos rangos (7).

Por lo demás, el criterio de la especialidad derogatoria, que descansa en la mayor o menor dificultad de reforma y derogación de un tipo de norma respecto de otro, no sería de ayuda en los casos en los que la gravosidad en las reglas de modificación de dos normas fuera incomparable; así, de seguir tal criterio, el lugar jerárquico de los tratados en nuestro Derecho dependería de las variables previsiones de los propios tratados y de la posibilidad de comparar sus modos de derogación con los de las leyes. Más aún, el criterio de la especialidad derogatoria sería inmanejable en los no pocos casos en que los procedimientos de reforma de dos clases de normas son heterogéneos y, por tanto, inconmensurables; así, quedaría del todo irresuelta la relación entre ley y costumbre, o entre las leyes de las Comunidades Autónomas y las del Estado, que no están propiamente en relación de dificultad de reforma, sino de imposibilidad recíproca. A este tipo de problemas, que muestran que el criterio de la especialidad derogatoria no sólo no es suficiente, sino que tampoco es necesario como manifestación de la relación de superioridad jerárquica, pretende subvenir el criterio de la capacidad derogatoria.

El criterio de la *capacidad derogatoria* supone que es superior la clase de norma que puede derogar a otra sin poder ser derogada por ésta, la cual será inferior, mientras son iguales los tipos de normas que pueden derogarse recíprocamente. Así formulado, este criterio no es del todo completo en la medida en que deja sin resolver la relación existente entre los tipos de normas que no pueden derogarse recíprocamente. Desde luego, el criterio no afirma, ni puede pretenderlo, que sea inferior todo tipo de norma que no puede derogar a otro tipo de norma —que sería superior—, pues esto llevaría al absurdo de tener que reconocer como respectivamente inferiores y superiores a normas que no pueden derogarse entre sí (por ejemplo, una ley francesa y una ley española o —dentro de normas pertenecientes al mismo sistema— el bando de un alcalde y la circular de un director general). Así, pues, puede comple-

(7) Las observaciones anteriores no pretenden descartar como del todo impensable la doctrina de las «normas constitucionales inconstitucionales», ya que no puede excluirse la institucionalización en la práctica de categorías aparentemente absurdas, sino sólo mostrar que es impensable y absurdo apoyar semejante doctrina en la existencia de dos tipos de reforma constitucional, pues lo sensato —y generalizado— es interpretar como de igual rango jerárquico a las normas de las Constituciones con dos tipos de reforma.

tarse el criterio diciendo que, supuesta la pertenencia de dos clases de normas al mismo sistema, es superior la que puede derogar a otra sin poder ser derogada por ella, siendo de igual jerarquía no sólo los tipos de norma que pueden derogarse recíprocamente, sino también los que no pueden derogarse entre sí (8). Sin embargo, hay al menos tres razones por las que el criterio de la capacidad derogatoria no parece del todo satisfactorio para explicar las relaciones de jerarquía entre normas.

En primer lugar, dos normas aprobadas por órganos diferentes pueden tener una capacidad derogatoria respectiva desigual y, a la vez, mantener igual rango jerárquico: piénsese en la relación entre ley ordinaria y decreto-ley en nuestro Derecho, que son normas de indiscutido rango formal igual, donde la ley ordinaria puede siempre derogar cualquier decreto-ley, pero un decreto-ley sólo puede derogar leyes ordinarias de ciertos contenidos y en determinados y tasados casos (9). Una segunda consecuencia extraña, y en todo caso contingente —es decir, dependiente de que así fuera asumido en el sistema jurídico en cuestión—, del criterio de la capacidad derogatoria sería que las normas constitucionales de imposible derogación o modificación (y las normas que establecen tal prohibición) serían las normas jerárquicamente superiores, puesto que el órgano que las dictó, en tanto que constitu-

(8) Alternativamente, VEZIO CRISAFULLI, por ejemplo, ha sostenido que el criterio de jerarquía es un elemento previo que sirve para determinar cuál es la norma válida sólo cuando hay un «concurso libre» de fuentes para regular la misma materia [*Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'Ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative. La Corte Costituzionale)*, reed. de la 4.^a ed., con apéndice de actualización, Cedam, Padua, 1978, p. 190]; pero me parece que esta consideración del principio de competencia y del jerárquico como comunicables y paralelos es cuestión convencional y de nula relevancia práctica, al menos en lo referente a la relación entre dos normas que no pueden derogarse entre sí; en el texto se elige la fórmula más sencilla, que no obliga a distinguir y que, por tanto, considera incluida en la relación de jerarquía —de igual jerarquía en este caso— a la relación de competencia.

(9) El eventual argumento de que este ejemplo no demuestra nada porque el Gobierno es incompetente para dictar decretos-leyes en determinadas materias y casos, de manera que tales normas no serían válidas por razón de la competencia y no de la jerarquía, conduciría a una reformulación del criterio de la capacidad derogatoria que no solucionaría nada; en efecto, habría que decir que una norma es superior a otra cuando puede derogarla sin poder ser derogada por ella, excepto en el caso de que ambas normas tengan otorgadas competencias en exclusiva, siendo iguales tanto en este último caso como cuando ambas pueden derogarse recíprocamente y como cuando no pueden derogarse entre sí; pero en cuanto se trata de reformular positivamente esta compleja definición se manifiesta su circularidad, pues dice que una norma es superior a otra cuando puede derogarla sin ser derogada por ella en razón de su superioridad y no de su competencia, de modo que se continúa sin saber en qué consiste la relación de superioridad-inferioridad jerárquica.

yente, tuvo que tener capacidad para derogar cualquier norma y ningún órgano sucesivo podrá volver a tener semejante capacidad (desde el punto de vista de tal Constitución, naturalmente); y, sin embargo, no es forzoso sostener que la existencia de tales casos de irreformabilidad implique, por ese solo hecho, la previsión de una doble jerarquía normativa constitucional. En tercero y último término, tampoco es tan concluyente como podría parecer a simple vista la tesis de que son del mismo rango jerárquico tanto las normas que pueden como las que no pueden derogarse mutuamente; así, con la definición kelseniana de «norma», la relación entre una ley del Parlamento y una sentencia de un tribunal con jurisdicción final puede ser —según se defina más o menos ampliamente el término «derogación»— de derogabilidad o de inderogabilidad; pero en uno y otro caso recíproca, ya que, en un sentido estricto, ni la constante inaplicación o la anulación de una ley por un Tribunal Supremo, ni la revocación legal de una sentencia por el Parlamento son actos de derogación, mientras que, en un sentido amplio, si se considera que uno lo es no hay razón para excluir que lo sea el otro; de este modo, con el criterio de la capacidad derogatoria recíproca, la ley y determinadas sentencias serían jerárquicamente iguales, en abierto contraste con el principio de primacía de la ley, que establece la superioridad jerárquica de ésta.

IV. LA FUNDAMENTACION DE LA VALIDEZ NORMATIVA

Entre los criterios que se han pretendido razón suficiente de la relación de jerarquía normativa ha de analizarse la compleja noción de la fundamentación de la validez de las normas, una idea básica en la teoría kelseniana del Derecho como explicación de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico. En efecto, en torno al viejísimo problema de la distinción entre la orden del bandido y el mandato jurídico de un policía —que Kelsen formula en abstracto como diferencia entre la validez meramente subjetiva de una norma (la existencia de un mandato) y su validez también objetiva (la obligatoriedad jurídica de la norma)—, la teoría pura presenta la fundamentación de la validez objetiva entre normas como una relación jerárquica, de tal modo que una norma es superior a otra cuando fundamenta su validez. Ahora bien, la noción de fundamentación de la validez de una norma puede entenderse bien en un sentido material, bien en un sentido formal, bien incluso —como es plausible que hizo Kelsen, algo confusamente— en uno y otro sentido. Empleo términos tan ambiguos como «material» y «formal» con similar significado al utilizado cuando se habla de constitución material y formal,

o de ley material y formal, es decir, para aludir a normas caracterizadas por su contenido en contraste con la fuerza o el valor jurídico del tipo al que pertenecen; así, es constitución material toda la normativa que regula las condiciones de producción de normas generales, como es ley material toda norma general, mientras que es constitución formal o ley formal toda norma aprobada con unas u otras características y a la que se atribuye una determinada fuerza. En la idea de que es útil tratar por separado ambos conceptos, consideraré en primer lugar el criterio que ve la fundamentación de la validez normativa como una relación de carácter material.

Mediante el criterio de la *fundamentación material de la validez* —que parece ser, hasta cierto punto, el criterio en principio aceptado por KELSEN— la jerarquía normativa aparece como una relación establecida por el contenido de las normas, es decir, por lo que las normas dicen, y no por su fuerza o valor independientemente de lo que digan; en otras palabras: una norma es jerárquicamente superior a otra simplemente porque el contenido de la primera es conferir competencia a un órgano para producir la segunda. Literalmente tomada, esta tesis defiende que una norma fundamenta su validez en la norma que se refiere a su creación, tengan ambas el rango formal que tengan (10).

Aparte de otras observaciones críticas que en seguida se harán, la primera objeción que surge a la vista de esta explicación de la jerarquía normativa es

(10) No debe confundirse la idea anterior de la relación jerárquica como material y no formal con la idea de que la relación entre las normas jurídicas superiores e inferiores es, según KELSEN, dinámica y no estática. Es conocida la insistencia de KELSEN en caracterizar la fundamentación de validez *jurídica* como una relación «dinámica», es decir, consistente en la determinación por parte de la norma superior de cómo se pueden producir las inferiores, señalando el órgano competente y, en su caso, limitando el procedimiento que tal órgano debe seguir; para KELSEN es posible también, pero accesorio, que la norma superior determine además, limitándolo, el contenido de la inferior, es decir, determine qué materias pueden ser reguladas por ella; esta última es la relación que denomina estática, que le parece típica y diferencial de los ordenamientos morales respecto de los jurídicos. Pues bien, la relación dinámica es formal y la estática material, pero en un sentido diferente al del texto: en él se habla de la relación material de jerarquía, entendiéndolo por «materia» *lo que las normas dicen*, en contraposición a *lo que las normas valen* en una distribución por rango o fuerza, aunque aquella relación material sea dinámica, es decir, «formal», en el diferente sentido de que lo que la norma que otorga competencia *dice* es que la norma inferior puede ser creada por un cierto órgano y, si acaso, con arreglo a determinadas limitaciones de procedimiento. Así, pues, la relación de jerarquía de carácter material de que se habla en el texto, relativa a lo que las normas dicen y no a lo que valen por su rango, comprende tanto la relación dinámica, o de establecimiento de procedimientos, como la estática, o de establecimiento de contenidos.

que puede no coincidir en absoluto con los niveles jerárquicos de los sistemas jurídicos existentes. En concreto, para la teoría del fundamento material de validez toda norma Z que sea dictada en virtud de lo establecido en una norma X será inferior a ésta, aunque para el ordenamiento jurídico concreto la primera sea formalmente de superior o igual rango (y, por tanto, la segunda de inferior o igual rango, respectivamente): según tal criterio, sería inferior el decreto que regulara una materia recogiendo la previa remisión de un orden ministerial, como sería inferior la ley que desarrollara un contenido al que se hubiera aludido en una ley anterior; más aún, conforme al criterio estricto del fundamento material de validez, un particular podría otorgar competencia a otro particular para dictar leyes, o un alcalde podría dar validez en todo el territorio nacional a las normas de otro país (11).

Estrechamente relacionada con el anterior criterio material de la jerarquía normativa se encuentra otra idea muy significativa de la teoría pura del Derecho: la idea de que la relación de las normas inferiores respecto de las superiores no sólo es siempre de conformidad (12), sino que además constituye un proceso de concreción o especificación. De este modo, las normas superiores son más generales que las inferiores, que deben ajustarse al marco de aquéllas concretándolo. Esta tesis del proceso de concreción conlleva dos tipos de consecuencias que también chocan con principios o prácticas comunes a los ordenamientos jurídicos empíricos. En primer lugar, en el esquema kelseniano no tendría cabida el caso de que una norma de rango formal superior especificara lo dispuesto en una norma de rango inferior de carácter más general (por ejemplo, el acto administrativo de concesión de una licencia mediante decreto en ejecución de un reglamento aprobado por orden ministerial), ni, en el límite, el caso de especificación de una norma por otra de igual rango formal; casos ambos que, de no ser posibles, convertirían en superfluo el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. En segundo lugar, el esquema kelseniano obligaría a aceptar la anulabilidad de normas contrarias a otras normas del mismo rango formal (por ejemplo, la categoría ya citada de las llamadas «normas constitucionales inconstitucionales»), fenómeno que debería producirse cada vez que una norma especificara en un sentido no autorizado lo establecido por una norma más general,

(11) Véase sobre todo ello H. L. A. HART, «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 309-342.

(12) Como es sabido, esto es así hasta el extremo y discutible punto de que KELSEN no admite la posibilidad de que una norma inferior contradiga lo establecido en una norma superior, bajo el supuesto de que esta última, o la norma fundamental, autoriza implícitamente cualquier contenido en tanto la norma inferior no sea anulada conforme a los procedimientos jurídicos del sistema en cuestión.

aunque ambas fueran de igual rango y la primera fuera simultánea o posterior (13). En suma, el criterio de la fundamentación material de la validez normativa es completamente ajeno al principio de jerarquía normativa, que suele funcionar, tanto oficialmente como en la práctica, con un significado formal (14).

Pero la relación de fundamentación de validez entre una norma superior y una inferior puede ser vista también como *fundamentación formal de la validez*. Según tal significado, la norma superior es el fundamento de validez de la inferior no sólo por regular su modo de creación —por lo que dice respecto de la validez de la inferior—, sino también, y sobre todo, porque tiene capacidad o fuerza para regularlo —porque es válida y capaz de fundamentar la validez de la inferior—, es decir, por su rango formal superior. En realidad, el reconocimiento de este significado formal del fundamento de validez resulta obligado para una teoría que, como la kelseniana, considera al Derecho como una estructura en la que las normas son válidas por otorgarse validez escalonada y jerárquicamente (aunque no indefinidamente, y de ahí el expediente de la norma fundamental o, como sería mejor decir, «funda-

(13) Que yo sepa, en la obra de KELSEN aparece una sola excepción a la idea de que las normas inferiores concretan lo establecido en las normas superiores: la posibilidad, introducida en su *Allgemeine Theorie der Normen*, de que existan dos normas de diferente grado jerárquico, pero ambas individuales (la orden «C debe ser fusilado» dada por el coronel y la misma orden dada por el capitán), cuya relación por el contenido es de identidad (ed. por K. RINGHOFER y R. WALTER, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1979, cap. 59, § 2, b, cc); esta excepción podría indicar que la relación de concreción es para KELSEN indicativa, pero no constitutiva de la relación jerárquica, puesto que si la relación de concreción se identificara con la jerarquía KELSEN no habría podido admitir la existencia de normas con el mismo contenido, una superior y otra inferior. Sin embargo, basta considerar el proceso de concreción de las normas inferiores como una consecuencia *generalmente* derivada de la relación de jerarquía, junto al hecho de que KELSEN no tenga en cuenta la posibilidad de que una norma inferior sea de contenido más general que una norma superior, para caer en la cuenta de que la teoría pura maneja conceptos que parecen privilegiar una concepción de la relación jerárquica como relación de tipo material, relativa a lo que la norma superior dice sobre la creación de la inferior —bien en cuanto al procedimiento, bien en cuanto a su contenido—, y que descuidan considerarla como relación formal, relativa a lo que las normas superiores valen por su fuerza o rango y en la que es perfectamente posible que una norma superior concrete lo establecido en abstracto por una norma inferior.

(14) Cuestión diferente, que aquí no se entra a debatir, es la utilización del criterio de la fundamentación material de validez para intentar justificar los criterios ético-políticos últimos de un sistema jurídico como el nuestro, como hace FRANCISCO J. LAPORTA en «Norma básica, Constitución y decisión por mayorías», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 1, 1984, especialmente pp. 35-47.

mentadora») (15). Como ya se vio, el simple hecho de fundamentar materialmente la validez de una norma en otra norma no puede ser suficiente para dar a ésta validez «en sentido objetivo», porque según tal criterio no se podría diferenciar el sentido subjetivo del mandato de un bandido que obedece instrucciones de su jefe de la orden de un policía que cumple una ley del Parlamento (y, por la misma razón, como ya se dijo, un particular podría suministrar competencia a otro particular para firmar tratados, un alcalde podría dar validez en un Estado a las normas de otro Estado y un decreto o una ley que remitieran a una ley posterior tendrían mayor jerarquía que esta última). Para evitar tales consecuencias, parece preciso asumir —como, por cierto, hace Kelsen— que la norma X, que otorga competencia a un órgano para dictar una norma Z, ha de tener previamente la capacidad de conferir aquella competencia. Pero si la fundamentación debe ser formal en el sentido de que la norma que fundamenta debe tener la capacidad de fundamentar a la norma inferior —es decir, debe tener la capacidad de conferir la competencia al órgano creador de esta última—, entonces parece que hay que concluir que la norma fundamentadora ha de ser superior a la norma fundamentada. De manera que, al fin y al cabo, la norma fundamentadora no puede ser superior: la fundamentación de validez, así, resultaría no la razón de la jerarquía normativa, sino su consecuencia.

V. DEBER DE ACATAMIENTO Y REGLA DE RECONOCIMIENTO

Para recapitular todo lo dicho hasta ahora, los criterios de la aplicabilidad de la norma superior en caso de conflicto, de la especialidad derogatoria y de la capacidad derogatoria desigual son manifestaciones o efectos insuficientes e innecesarios de la superioridad jerárquica, ya que no siempre que aparecen se considera a las normas en cuestión en relación de subordinación, y, a la inversa, la existencia de esta relación no implica necesariamente la aplicabilidad de la norma superior en caso de conflicto, la protección de ésta

(15) En efecto, aunque fuera sólo en parte y en último término, Kelsen acepta este sentido formal del fundamento de validez: lo reconoce *en parte* cuando habla, por ejemplo, de la noción de Constitución en sentido formal, caracterizándola por el establecimiento de un procedimiento de reforma o abrogación distinto y más difícil que el de la ley [*Reine...*, cit., § 35, a); trad. cast., pp. 233-235], y lo reconoce *en último término* en relación con la validez de la Constitución, que, según él, no puede extraerse de la autoridad del propio constituyente porque éste no puede ser autoridad sino gracias a la norma fundamental [*ibidem*, § 34, d), nota, trad. cast., pp. 212-213].

mediante un procedimiento de derogación o reforma especial y más gravoso, ni, en fin, la capacidad derogatoria desigual de las dos normas. Por su parte, el criterio de la fiscalización judicial es el único que parece que funciona como indicio seguro de la existencia de una relación de superioridad jerárquica, aunque no ocurre lo inverso: en efecto, siempre que se prevé un procedimiento de fiscalización para garantizar la supremacía de un determinado tipo de norma hay, lógicamente, una relación de subordinación jerárquica, pero se trata de un criterio no necesario, pues no siempre que un tipo de norma es superior a otro se dispone de un procedimiento judicial o similar para garantizar tal supremacía. En cuanto al criterio de la fundamentación de la validez, es también insatisfactorio como concepto explicativo o justificatorio de la jerarquía normativa: por un lado, en su sentido material, porque, aparte de conducir a consecuencias absurdas, suministra una ordenación jerárquica que nada tiene que ver con las de los sistemas jurídicos empíricos; asimismo, y por la relación entre ese criterio material y el del proceso de concreción normativa, porque éste no permite admitir la posibilidad ni la necesidad de regular los casos de conflicto entre una norma formalmente superior que recibe su fundamento de validez de una norma formalmente inferior y, además, parece obligar a aceptar la anulabilidad de las normas que concreten en un sentido no previsto lo establecido en otras normas del mismo rango formal y de igual o anterior fecha; por otro lado, en el sentido formal del criterio de la fundamentación de la validez, porque es el rango jerárquico superior de una norma lo que permite fundamentar formalmente la validez de otras normas y no el fundamento formal lo que permite explicar o justificar la jerarquía normativa.

Después de todo lo anterior, se dirá que, por reducción, no cabe sino recurrir a un significado mínimo, sólo aparentemente tautológico, del principio de jerarquía normativa: un determinado tipo de norma es superior, igual o inferior a otro cuando es considerado en el sistema jurídico en cuestión, explícita o implícitamente, como formalmente superior, igual o inferior, teniendo como única consecuencia necesaria el deber de los órganos creadores de normas inferiores de acatar lo establecido en las superiores y la inexistencia de tal deber en el caso de normas de igual rango (16). No es que tal

(16) Aunque pueda parecerse, el deber de acatamiento no coincide con el criterio antes comentado de la aplicabilidad en caso de conflicto, y ello por dos razones: en primer lugar, la superioridad como criterio de resolución de conflictos exige la intervención de un tercero destinado, precisamente, a dirimir conflictos, mientras que la superioridad como deber de acatar se presenta también, y en primer término, como deber para el autor de normas inferiores; en segundo lugar, mientras que por el criterio de la resolución de conflictos el principio jerárquico puede resultar superado por

deber sea siempre cumplido eficazmente —pues, como ya se dijo, el predominio del principio de la superioridad jerárquica sobre un criterio como el de la *lex specialis* puede tender a ser más oficial que practicado—, pero no es discutido como tal deber y, en el peor de los casos, no carece de valor simbólico. Por su parte, este deber de acatamiento es compatible con la previsión jurídica, según los casos conjunta o no, de otras manifestaciones no necesarias del criterio de superioridad jerárquica, como la existencia de un mecanismo de fiscalización, la capacidad derogatoria desigual, la exigencia de procedimientos especiales de reforma, etc. Pero el hecho de que no aparezca ninguna de esas manifestaciones no implica la inexistencia de una relación de superioridad jerárquica, con su único efecto obligado, según creo, del deber de acatamiento por las normas inferiores.

Ahora bien, si un tipo de norma es superior, inferior o igual a otro porque así se establece en el sistema jurídico de que se trate, entonces el principio de jerarquía normativa recibe su razón de ser jurídica de su prescripción, explícita o implícita, por determinadas normas jurídicas. ¿Significa eso, como presupone toda la argumentación kelseniana, que la propia prescripción de las relaciones de superioridad e inferioridad o de igualdad jerárquicas debería contenerse en un tipo de norma de rango formalmente superior a aquellos tipos —incluidos los establecidos como superiores— a los que la prescripción se refiere? Esto no sólo parece lógicamente innecesario a simple vista, sino también empíricamente refutable: del mismo modo que la competencia para modificar las normas constitucionales se suele otorgar desde la propia norma de rango constitucional, el rango superior que la ley tiene sobre la costumbre se ha venido estableciendo en nuestro Derecho durante años mediante una disposición con rango de ley (17). Parece, pues, que el principio de su-

otros criterios (así, en el conflicto ya citado entre un acto administrativo de rango superior y un reglamento de rango inferior), por el criterio del deber de acatar la norma superior pueden explicarse tales casos como cumplimiento de una norma de mayor rango todavía en la jerarquía normativa (justamente la norma legal que prohíbe la inderogabilidad singular de los reglamentos). Del mismo modo, tampoco el deber de acatamiento se identifica con el criterio de la capacidad derogatoria, pues —como se dijo— puede existir superioridad jerárquica entre dos tipos de normas —y, por tanto, aquel deber— mientras ambos tipos tienen capacidad (o incapacidad) derogatoria respectiva.

(17) Problema diferente es que se pretenda establecer no un criterio de superioridad formal, sino un principio de limitación material para un tipo de normas, que sí debe ser prescrito desde una norma superior so pena de resultar vano; así, si el artículo 134.7 de nuestra Constitución —que autoriza la modificación de tributos por la Ley de Presupuestos únicamente cuando otra ley tributaria sustantiva así lo establezca— estuviera contenido sólo en una ley, sería papel mojado en virtud, precisa-

perioridad jerárquica no necesita estar previsto en una norma de tipo superior a aquellas a las que jerarquiza, aunque sí, dentro de estas últimas, en la de rango superior.

La solución anterior plantea dos nuevas dificultades, en último término relacionadas con el problema de los criterios de pertenencia de las normas al ordenamiento jurídico: por una parte, los casos en los que la prescripción del criterio de la superioridad jerárquica figura, aparentemente al menos, en normas de rango inferior; y, por otra parte, el problema del rango jerárquico de la norma que establece los criterios últimos de la superioridad normativa. Respecto al primer problema, no parece del todo imposible sostener que una norma inferior puede otorgar rango jerárquicamente superior a otra. Cabría alegar el hecho históricamente frecuente de que la competencia de un Parlamento constituyente proceda del decreto de un gobierno provisional, pero por ser producto de una situación excepcional y de cambio jurídico, es preferible acudir a un caso que es moneda corriente, como que la costumbre jurídica sea un tipo de fuente considerada oficialmente como inferior en el sistema mientras que, a la vez, sea una costumbre la que establece los criterios básicos sobre la validez y la jerarquía de las normas más importantes. No se alude así solamente al principio británico de la supremacía de la legislación sobre la costumbre jurídica, que es un criterio asentado en una norma tan consuetudinaria como el propio *Common Law*, al que se considera de inferior rango que la ley. Es que eso mismo, salvadas las distancias, es lo que ocurre en todo sistema jurídico complejo, por más que los principales criterios de jerarquización normativa aparezcan en una Constitución rígida.

En efecto, y con ello se pasa al segundo problema, los criterios últimos de la jerarquía normativa —al igual que los relativos a la pertenencia de las normas al sistema— son, en último término, consuetudinarios. El hecho de que una Constitución diga que ella misma es la norma suprema no puede ser la razón de tal rango jerárquico, a no ser que se asuma la validez y la superioridad de la propia Constitución; pero tal asunción sólo puede consistir en que la Constitución y el sistema que ella fundamenta es regularmente eficaz en conjunto. De manera que, a fin de cuentas, la razón por la que la Constitu-

mente, del principio de jerarquía, puesto que cualquier otra ley, incluida la de Presupuestos, podría derogarlo, tanto explícita como implícitamente y tanto en general como para el caso concreto; del mismo modo, el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos no es en España aplicable por sí mismo a las propias leyes —como hipotético principio de inderogabilidad de una ley general por una ley singular— precisamente por estar previsto en una ley (cuestión aparte es que se entienda, como por lo demás es plausible, que tal principio es derivable del principio de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución, es decir, en una norma superior).

ción resulta válida y superior es la existencia de una práctica normativa de carácter consuetudinario; dicho en la conceptualización de H. L. A. HART, es la regla de reconocimiento del sistema, esto es, el conjunto de criterios usados por los ciudadanos y, en especial, los funcionarios para determinar qué normas pertenecen al sistema (18). Ciertamente, en lo que a la jerarquía normativa se refiere, tales criterios pueden coincidir, en todo o en parte, con el contenido de determinadas normas formalmente explícitas en el sistema, sean del rango que sean; pero la clave está en que su carácter de criterios últimos no procederá de tales normas, sino de su aceptación práctica como regla de reconocimiento.

La interpretación anterior conduce aparentemente a la paradoja de que, al ser una norma consuetudinaria la que consagra la superioridad de las normas legales sobre las consuetudinarias, o bien se supone la superior jerarquía de las normas consuetudinarias —con la aceptación del desuso como forma de pérdida de validez de las leyes—, contra lo que la propia regla de reconocimiento establece, o bien se produce la autorrefutación de la propia regla de reconocimiento como regla superior. Me parece que este problema no puede ser soslayado ni mediante un paso atrás —como hizo el jurista británico JOHN SALMOND a propósito de la razón jurídica del principio de supremacía de la ley, al concluir que «es la ley porque es la ley y por ninguna otra razón digna de mención» (19)— ni mediante un paso adelante —como intentó Kelsen con su ficticia norma fundamental—, que no es más que una huida hacia adelante. Más bien, creo que la solución de la paradoja puede venir de una distinción utilizada por el propio HART que evita la recursividad al círculo y al infinito: la distinción entre norma última y norma suprema (20).

Sólo si se presupone que la norma de reconocimiento tiene que ser superior a las normas cuyos criterios de validez suministra —constituyéndose como norma suprema por ser estas últimas las superiores en el sistema— se presenta la paradoja de que una norma consuetudinaria dé valor preferente

(18) Se asume aquí que la regla de reconocimiento puede ser considerada desde un punto de vista interno, según HART pretende, como una norma aceptada y no exclusivamente, desde un punto de vista externo, como un mero hábito regular a describir (cfr. *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, pp. 106-108; trad. cast. de GENARO R. CARRIÓ, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, pp. 136-139), ni, según ha sostenido EUGENIO BULYGIN, como una mera regla conceptual sin valor normativo alguno (cfr. «Sobre la regla de reconocimiento», en la obra colectiva *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1976, pp. 31-39).

(19) *Jurisprudence*, 3.ª ed., p. 125, cit. por MARSHALL, *op. cit.*, p. 76.

(20) Véase *The Concept of Law*, cit., pp. 102-107; trad. cast., pp. 132-137.

a las normas legales sobre las consuetudinarias. En cambio, si se dice que tal regla es sólo una regla última, que no necesita ser superior, igual ni inferior a la normas a las que se refiere, la paradoja desaparece. Pues bien, cabe defender que la regla de reconocimiento es un criterio último en cuanto que suministra los criterios de validez de otras normas y que no es en sí misma una norma superior ni suprema, puesto que se refiere a un criterio supremo de validez que, naturalmente, no es ella misma, sino otro tipo de norma, como la Constitución, la ley, etc. De modo que si los criterios últimos que prescriben la jerarquía normativa no pueden contenerse en una norma inferior, tampoco tienen por qué aparecer en una norma superior: se contienen, simplemente, en una regla de carácter último y no autorreferente, como la de reconocimiento.

La solución de la anterior paradoja no sirve, sin embargo, para un tipo de antinomia que puede surgir en el seno mismo de la regla de reconocimiento. En concreto, la posible antinomia entre lo que ésta acepta como criterio de jerarquía a propósito de determinadas normas y lo que sobre tales normas establecen con criterio distinto otras normas del sistema que son válidas y superiores conforme a la propia regla de reconocimiento; por ejemplo, cabe que esta última recoja el criterio de que la Constitución es la norma suprema en el sistema, de manera que, implícitamente al menos, remita a los criterios que la Constitución suministra sobre la jerarquía normativa y, por tanto —supongamos—, asuma el criterio de la supremacía de un tipo de norma legal sobre otro, pero que de hecho los ciudadanos, y en especial los funcionarios del sistema, acepten un criterio distinto u opuesto. Obsérvese que la regla de reconocimiento en cuestión no se refiere al mero desuso, que constituye una conducta repetida sin más y no un criterio consuetudinario, sino que alude a la existencia de una eventual costumbre de los funcionarios del sistema que sirve como criterio de jerarquización normativa diferente al oficialmente establecido; así, tal regla de reconocimiento no validaría, por ejemplo, la costumbre *contra legem* de muchos jueces de no presidir la práctica de la prueba en asuntos civiles, sino el eventual caso de que los tribunales y demás órganos del sistema aceptaran de hecho como superiores las leyes aprobadas por mayoría absoluta frente a las aprobadas por simple mayoría cuando oficialmente no se establece tal distinción, o, a la inversa, que consideraran que la relación entre ambos tipos de leyes es de igual rango cuando oficialmente se estima superiores a las primeras. Esta contradicción entre el criterio oficial —supongamos que es el mencionado expresamente en la Constitución— y el criterio efectivo —el supuestamente usado por los funcionarios— es una contradicción en la propia regla de reconocimiento, puesto que la práctica vigente en el sistema reconoce como válida y superior

un determinado tipo de norma, según el cual las normas de tipo X son superiores a las normas de tipo Z, y a la vez mantiene de hecho que las normas de tipo X son iguales —o inferiores— a las de tipo Z. La regla de reconocimiento del sistema en cuestión resulta, por así decirlo, hipócrita, puesto que reconoce normas que mencionan un criterio a la vez que usa un criterio diferente.

Más aún, con arreglo a lo anterior, podría ocurrir que los ciudadanos, y en especial los órganos y demás operadores del sistema jurídico —incluidos los teóricos del Derecho, que tienen cierta influencia en los operadores autorizados—, es decir, quienes hacen la regla de reconocimiento, tomaran como razones de la relación de superioridad jerárquica algunos de los criterios que aquí se han ido desechando como innecesarios o insuficientes. Es decir, podría ocurrir que en un determinado sistema los criterios para la determinación de la superioridad jerárquica de unos tipos de normas sobre otros fueran la aplicabilidad en caso de conflicto, la capacidad derogatoria desigual o la especialidad derogatoria, o quizá también, ocasionalmente, la fundamentación material de la validez. Si así fuera —y es una cuestión empírica determinararlo—, se diría que el presente estudio incurre en una última paradoja: tras haber intentado mostrar que determinados criterios son sólo manifestaciones y no razones del principio de jerarquía normativa, siendo la única razón aceptable, en último término, la aceptación en la práctica del sistema del criterio de que un tipo de norma es superior, inferior o igual, podría ocurrir que tal práctica manejara precisamente tales manifestaciones como razones o criterios últimos, de manera que la descripción aquí realizada habría sido, cuando menos, incompleta.

Sólo que tanto la contradicción en la regla de reconocimiento como la supuesta paradoja de este mismo estudio responde a un mismo y ya viejo problema: el doble y relacionado contraste entre, por una parte, las reglas como hecho o eficaces y las reglas como deber o válidas y, por otra parte, el punto de vista descriptivo y el normativo en el estudio de las reglas. Desde un punto de vista normativo, parece exigible el máximo de racionalidad en el Derecho, eliminando sus posibles contradicciones e insuficiencias. Desde un punto de vista descriptivo, en cambio, no hay inconveniente en aceptar que los sistemas jurídicos pueden utilizar de hecho criterios incompletos, y tal vez hasta contradictorios, para regular sus relaciones de jerarquía normativa, sea en su regla de reconocimiento, sea en otras normas del sistema. Pues bien, por un lado, la tesis de que la jerarquía normativa consiste en el reconocimiento de que una norma es superior, igual o inferior a otra, con la consecuencia de que toda norma superior debe ser acatada por las normas inferiores, puede servir bien como descripción de los sistemas jurídicos que no

mantienen criterios innecesarios o insuficientes como los antes examinados, bien como criterio normativo —aunque sólo doctrinal— suficiente para aquellos sistemas que de hecho mantengan criterios como aquéllos. Por otro lado, la idea de que un ordenamiento jurídico puede reconocer criterios de jerarquía normativa contradictorios, mencionando uno y usando otro, sólo puede servir de llamada de atención sobre un problema que aquí no puede quedar sino planteado.