

UNIDAD TRES

1. El ordenamiento jurídico

El sistema jurídico es un *ordenamiento*, es decir un conjunto de *normas y proposiciones* ordenado y articulado sobre la base de relaciones de *fundamentación, derivación y coordinación*.

El estudio del derecho *como* sistema normativo, no implica negar que el derecho sea *experiencia humana, social e intersubjetiva*, sino que implica estudiar el derecho *desde* la abstracción, generalización y la deducción para analizar los conceptos, las definiciones y los razonamientos lógicos.

El sistema jurídico, *desde* la abstracción es un *sistema normativo*, es decir está compuesto por *normas*, por *prescripciones de conducta*. Pero el derecho no es el único sistema normativo. Existen otros sistemas normativos como lo son: el *sistema normativo moral*, o el *sistema normativo social*. Todos son sistemas *normativos* por contener *normas o prescripciones de conducta* a los cuales se les asignan *consecuencias* determinadas.

Por sistema normativo debe entenderse un sistema deductivo de enunciados que comprenden todas sus consecuencias lógicas

Kelsen diferencia el sistema normativo jurídico de los demás sistemas normativos a partir de atribuir al sistema jurídico carácter *dinámico*. Para Kelsen el sistema normativo jurídico es *dinámico* porque no se define por su *contenido* sino por el hecho de que el sistema fija *órganos* para la creación de *otras normas*. Para Kelsen, los demás sistemas normativos –como por ejemplo la moral- son sistemas normativos *estáticos* porque se definen por su *contenido* y por carecer de *órganos* autorizados a crear otras normas del sistema. Tanto el derecho, como la moral y las reglas sociales son *sistemas normativos*. Pero: ¿qué es lo que *distingue* el derecho de los *demás* sistemas normativos? Kelsen afirmó que la diferencia entre el derecho y los demás sistemas normativos estaba en que el derecho es un sistema *coactivo*, mientras que los demás sistemas normativos no lo son. La coactividad, afirmaba Kelsen es la *nota distintiva* de los sistemas jurídicos. Ni la moral ni la sociedad pueden imponer *coactivamente* sus mandatos.

La posición de Kelsen acerca de que la nota esencial del sistema jurídico es el ser un sistema coactivo ha sido criticada por el jurista inglés Herbert Hart. Para Hart un sistema jurídico se caracteriza por incluir, además de las *normas primarias*, que establecen una conducta seguida de una sanción, *otras normas*, a las que llama *normas secundarias*. (se llaman así porque existen en función de las anteriores) de *reconocimiento, de adjudicación y de cambio*. Estas normas secundarias, que Hart menciona como *distintivas* del derecho hacen que se caracterice por ser un *sistema institucionalizado* más que un sistema *coactivo*. El derecho es un sistema *institucionalizado* porque sus normas establecen *autoridades u órganos centralizados* para operar de cierta manera con las normas del sistema. Las *reglas de cambio* de Hart establecen *órganos creadores* de normas, las *reglas de adjudicación* establecen *órganos de aplicación* de normas- fundamentalmente los jueces- y la *regla de reconocimiento* establece cierta limitación importante a los *órganos* de aplicación de normas.

El concepto de *norma básica* o *norma fundamental* es central en la teoría de Kelsen. Preguntado por la *validez* de las normas que integran un sistema jurídico, Kelsen elabora el concepto de la *norma básica* o *norma fundamental*, (que no hay que confundir con el de *Constitución*). Kelsen determina la *validez* de una norma por la *derivación* de otra norma válida. Así, ascendiendo en la jerarquía normativa llega a la *primera norma positiva* del sistema, por ejemplo, la Constitución. Y se pregunta si también ella es *válida*, es decir si *pertenece* al sistema. Por sobre esta primera norma positiva no existe *otra* que le dé validez, por lo tanto, la respuesta que se dé a este interrogante es *condición necesaria* para aceptar la validez de *todas* las normas que de ellas derivan. Para justificar la validez de la primera norma positiva, Kelsen expresa que debe recurrirse a una norma *no positiva*, a su *norma fundamental o básica*.

La norma básica fundamental no es una norma *positiva* dictada por algún legislador, sino un *presupuesto epistemológico*, una suerte de *hipótesis de trabajo*, que utilizan los juristas en sus construcciones.

El *contenido* de la norma fundamental sería el siguiente: “*Debe ser lo que ha establecido el legislador originario*”. Para Kelsen no hay ninguna necesidad, ni lógica ni empírica de presuponer una norma semejante para el análisis de la *realidad jurídica* pero que los juristas, *de hecho* y en *forma implícita*, la *presuponen* cuando *describen* un sistema jurídico. La pregunta acerca de cuándo una norma forma parte de un cierto sistema jurídico y no de otro esta estrechamente relacionada con la pregunta acerca de cómo se puede *distinguir un sistema jurídico de otro*. La primera pregunta requiere que se formule un criterio de *pertenencia* de una norma a un sistema jurídico, y la segunda reclama un criterio de *individualización* de sistemas jurídicos.

2. La validez del derecho. Validez y existencia del derecho. Validez y vigencia. Creación y aplicación. Jerarquía normativa.

Debemos distinguir un *concepto normativo* y un *concepto descriptivo* de validez. El concepto *normativo* de validez hace a la *justificación* de la aplicación de la norma. El concepto *descriptivo* de validez hace a la *existencia* de la norma. Para el concepto *normativo* decir que una norma o un sistema son *validos* implica afirmar que *deben ser* observado y aplicados, y que proveen *razones* para justificar una acción o decisión. El otro concepto, el concepto *descriptivo* de validez, está asociado a la *existencia* de la norma, y depende sólo de *verificaciones fácticas*.

Existen tres maneras de concebir la validez, la *valorativa*, la *positivista* y la *sociológica*. La concepción *valorativa* o *axiológica* es sostenida por el *iusnaturalismo* y considera que el derecho positivo es una *derivación del derecho natural*, constituido éste por *principios jurídicos naturales* que expresan la idea de *justicia*. El derecho natural, por lo tanto, es el derecho *válido*, entendido como *derecho justo*. El concepto de *validez* se vincula con el *contenido* del derecho.

La concepción *positivista vacía* el concepto de validez de todo contenido y le confiere un carácter meramente *formal*. Una norma no será válida por su *contenido*, por ser justa, sino por haber sido creada mediante el *procedimiento* fijado por el sistema jurídico.

La concepción *sociológica* considera que el derecho es un *hecho social*. Por lo tanto la *validez* de una norma es su *existencia social efectiva*, y no tal como se halla expresada en la ley. Esta posición es sostenida por el *realismo americano* donde se antepone al *derecho de los libros*, el *derecho en acción*.

El concepto de *vigencia* por su parte, está vinculado a la *existencia efectiva* de una norma en el tiempo y en el espacio. Una norma es *vigente* cuando *de hecho* es usada, obedecida, aplicada. Una norma es vigente cuando es aplicada y reconocida por los jueces. Una norma vigente deja de serlo, cuando es *derogada* por otra norma posterior, o cuando cae en *desuso*, y deja de ser aplicada u obedecida.

La mayor parte de los actos jurídicos- sostiene Calcen- son *a la vez* actos de *creación* y de *aplicación* del derecho. *Aplican* una norma de una grada superior y *crean* una norma de una grada inferior. No obstante este proceso de *creación- aplicación*, existen para Calcen dos casos particulares: El de *creación* sin aplicación; y el de *aplicación* sin creación. El caso de *creación sin aplicación* se da al *suponer* la norma básica o fundamental, donde hay *creación* de la norma básica, sin que esto implique aplicación de una norma superior, la que de hecho no existe. El caso de *aplicación sin creación* se da en el *cumplimiento* de la sentencia. En el acto coactivo. Se *aplica* una norma, sin que haya creación de otra.

El derecho está constituido por proposiciones que tiene su propia estructura donde todas ellas constituyen un *sistema normativo* donde cada norma que lo integra se *funda* o *deriva* de otra norma. Esta *fundamentación* o *derivación* normativa hace que las normas del sistema se presenten en distintos planos jerárquicos, donde existen normas de *grada superior* y otras de *grada inferior*. Una grada está constituida por la Constitución Nacional, otra por las leyes, otra por los Decretos, etc. Las normas se presentan así estructuradas en una *jerarquía normativa* donde la

Constitución es generalmente de *jerarquía superior* a las leyes ordinarias, las leyes a su vez tienen una jerarquía superior a los reglamentos.

3. **Caracteres del ordenamiento jurídico. Unidad. Coherencia. Plenitud del ordenamiento. Procedimientos de integración.**

Concebir el derecho como un *ordenamiento* implica conferirle distintos caracteres como los de Unidad; Coherencia; y Plenitud.

El derecho exhibe una *estructura unitaria*, por la existencia de *criterios* que permiten identificar las normas como *pertenecientes a un mismo sistema*.

El principio de *coherencia* implica afirmar la *ausencia* en el ordenamiento de normas *contradictorias* e *incompatibles*, o a lo menos la presencia de *criterios* para resolver los posibles casos de antinomias o contradicciones. El ordenamiento suele contener normas contradictorias e incompatibles. Este principio requiere que estas normas contradictorias sean interpretadas de forma tal que *desaparezca* la incoherencia.

Existe antinomia cuando dos o más normas regulan un mismo supuesto de hecho, estableciendo una consecuencia jurídica que es *contradictoria u opuesta entre sí*.

Los mecanismos de solución de antinomias son los siguientes: El *criterio jerárquico*: la norma de grada superior deroga a la norma de grada inferior. El *criterio cronológico*. Si la antinomia se presenta entre normas de *igual jerarquía*, el principio regulador es que la *norma posterior* deroga a la *norma anterior*

. El *criterio de especialidad*, a mérito del cual la *ley especial* prevalece frente a la ley general

El principio de plenitud del ordenamiento jurídico está vinculado con el concepto de *lagunas del derecho*. Hay laguna cuando un caso no ha sido previsto por el legislador. La *laguna normativa* es aquella en que el caso *no se halla previsto ni resuelto por las normas vigentes*. En la *laguna axiológica* sí existe, una norma pero el juzgador la considera valorativamente inadecuada, injusta o inconveniente para las partes.

Si bien se admite la existencia de lagunas en la ley-por omisión del legislador-, no se admiten la existencia de lagunas en el derecho, porque siempre el *juez* debe resolver el conflicto de acuerdo a derecho. El derecho en consecuencia, es *pleno*, responde al principio de *plenitud*, pues *todos* los casos reciben respuesta jurídica. Kelsen fundamenta el *principio de plenitud* en el *principio de clausura*, un principio *formal* cuya enunciación es: "*todo aquello que no está prohibido está permitido*". Otra teoría sostiene que existen zonas de la realidad social que *no están sometidas al derecho*, y que constituyen un *espacio jurídico vacío*.

Los *procedimientos de integración* son aquellos que permiten colmar o llenar las lagunas. Puede recurrirse a procedimientos *internos* del sistema como lo son la *analogía* y los *principios generales del derecho* o procedimientos *externos* mediante la aplicación de normas que *no pertenecen al sistema*. y que permiten recurrir a *fuentes externas* del sistema.

4. **La norma jurídica. Concepto. Caracteres. Clasificación. Norma jurídica y texto normativo. La norma individual. Estructura lógica de la norma jurídica. Teorías de la norma jurídica.**

Una norma es una *prescripción* de conducta *general e imperativa*. Identificamos así tanto *normas jurídicas*, como las *normas morales*. La norma jurídica, o precepto jurídico, o regla jurídica constituye una prescripción de conducta, o supuesto de hecho al que se le *imputa* una consecuencia jurídica, premio o sanción.

Las normas no se refieren a lo que *es*, sino a lo que *debe ser*. Su función es ordenar una determinada conducta que incluye tanto *acciones* como *abstenciones*, dentro del *supuesto de hecho* previsto por la misma norma. Las normas son *generales*, *abstractas* e *imperativas*

No se debe confundir *norma jurídica* con *texto normativo*. El texto normativo como tal es una *expresión lingüística*. Todo ordenamiento jurídico está compuesto en su mayor parte por *textos*

normativos. La *norma jurídica* en un precepto, es el *sentido* que el jurista desprende del *texto normativo*.

Los sistemas jurídicos están integrados por dos clases de normas:

- (1) Las *normas primarias* dirigidas a los *individuos* en general y que establecen que ciertos comportamientos son *obligatorios* o *prohibidos* o permitidos.
- (2) Las *normas secundarias* dirigidas a los *órganos jurídicos* y establecen *facultades* para *modificar* o *aplicar* las normas primarias.

Las normas jurídicas primarias y secundarias, por ser *generales y abstractas* son usadas por los jueces para resolver las causas que le son sometidas a su decisión. Esta decisión se llama *sentencia*, y constituye *ella misma* una *norma jurídica*, pero de carácter *individual* y no general, ya que constituye una norma *particular y concreta* que vincula exclusivamente a las partes del proceso.

Las normas jurídicas tienen una estructura *condicional*.

Si se da A, *entonces*, debe ser B.

De donde:

Si A, debe ser B.

A: es el supuesto de hecho.

B: es la consecuencia jurídica.

El supuesto de hecho es la *condición de aplicación* de la norma. La consecuencia jurídica es el *contenido* de la norma. Lo que *une* el supuesto de hecho a la consecuencia jurídica es el *operador deóntico*: *obligatorio, prohibido o permitido*.

La norma jurídica, por lo tanto se caracteriza por ser: un *juicio hipotético* que enlaza un *supuesto de hecho* a una *consecuencia jurídica*. El *supuesto de hecho* consiste en una *previsión* o anticipación hipotética de una posible o futura *realidad o conducta*. La *consecuencia jurídica* es aquello que el ordenamiento jurídico *imputa* o liga a esa realidad.