

UNIDAD UNO

LA EXPERIENCIA DEL HECHO JURIDICO.

1. *La experiencia del hecho jurídico. El sentimiento jurídico. Noción de orden y orden jurídico. La realidad del derecho. Derecho y sociedad política.*

No es ni ha sido fácil definir el derecho. Ocurre que el derecho como experiencia social acompaña al hombre a lo largo de su vida, el derecho hace a la *vida humana*, a la vida en sociedad. La vida como fenómeno jurídico lleva a los hombres a entrar en *conflicto* unos con otros y a buscar *cooperación*. En este contexto social el derecho, constituye un orden destinado a prevenir y resolver el conflicto y posibilitar la cooperación. Conflicto y cooperación que se hallan permanentemente presentes en las relaciones humanas.

Esta *presencia* del derecho en la vida humana constituye su carácter *omnicomprensivo*, totalizador. Omnicomprensivo en cuanto *comprende* la *totalidad* de las situaciones relacionadas con el conflicto y la cooperación. Este carácter implica además, que el derecho regularmente se *cumple* sin que las personas *tomen conciencia de ello*. El hombre común concluye y cumple habitualmente comportamientos jurídicos. Sólo cuando se produce alguna *alteración* de tal comportamiento, toma conciencia de la existencia de derechos y obligaciones. Esa aptitud de tomar conciencia de la existencia de un universo de derechos y obligaciones se denomina el *sentimiento jurídico*. En todo hombre hay un *instinto* o *sentimiento* de lo que es *justo* o *injusto*, sentimiento muchas veces elemental, pero que se manifiesta en todos los individuos.

El sentimiento de justicia o sentimiento jurídico es la *experiencia humana inmediata de lo que debe ser conforme a derecho*. El sentimiento jurídico es *esencial para el conocimiento del derecho*

No todos los filósofos del derecho comparen esta idea: para los autores *positivistas* el denominado *sentimiento jurídico* no es más que un *autoengaño*, no es más que pura *ideología*.

Hemos afirmado que el derecho, constituye un orden destinado a prevenir y resolver el conflicto y posibilitar la cooperación. Pero ¿qué es un orden?

La noción de orden se halla vinculada con dos aspectos esenciales: (a) La *finalidad* buscada por el destinatario del orden, y (b) El *criterio ordenador* que permita lograr la finalidad deseada.

El *sistema* normativo o el conjunto de normas de un país *no constituyen el orden jurídico*. Las normas jurídicas no dejan de ser el producto de un *criterio ordenador*. Una *forma particular* de generar un orden. El orden jurídico está vinculado con la *finalidad* perseguida por el derecho. El orden jurídico es el conjunto de preceptos que regulan el comportamiento humano, mientras que el sistema normativo son los *medios* para obtener la *finalidad perseguida*

El derecho es *experiencia*, es decir, es un fenómeno que podemos observar y analizar en la realidad sensible. Es una forma de vida social *presidida por la justicia*. El derecho se presenta a la experiencia como un *orden necesario* para garantizar la libertad del hombre, como un conjunto de *normas* elaboradas por los hombres bajo el estímulo de determinadas *necesidades* de la vida social, y con el propósito de satisfacer esas necesidades de acuerdo a *valores*, tales como justicia, dignidad de la persona humana, autonomía de la voluntad, igualdad, seguridad, etc.

2. *El derecho como práctica argumentativa*

El ordenamiento jurídico puede ser visto y analizado desde distintos puntos de vista y en todos aquellos roles que desempeña el hombre como protagonista de la vida jurídica.

El gobernante, el legislador, el juez y el abogado tienen distintos puntos de vista respecto del derecho, lo que implica que asuman perspectivas diversas según los intereses en juego y los roles que deben desempeñar.

El gobernante utiliza el conocimiento de las normas para alcanzar ciertos objetivos particulares generalmente incorporados en la constitución del Estado. Analiza el derecho como una herramienta de progreso social. El gobernante habla de las normas a los fines de provocar del

legislador el eventual cambio o reforma de las normas en orden a su plan u objetivo de gobierno.

El legislador, al igual que el gobernante utiliza el conocimiento de las normas generales para crear otras normas de carácter general. No habla acerca de ellas, sino que las aplica al crear otras normas generales.

El juez, al igual que el gobernante y el legislador utiliza las normas generales, pero a diferencia del legislador, solo las usa para aplicarlas al caso individual sometido a su consideración y para crear la norma individual que resuelve el caso sometido a su decisión. El juez no habla de las normas, las aplica. Los jueces sólo hablan de las normas a través de su sentencia.

Finalmente, el abogado, al igual que el gobernante, el legislador y el juez, usa de las normas, pero a diferencia de los otros, lo hace como una labor técnica. Su misión no es hablar acerca de las normas, tampoco crea normas de carácter general o particular, ni aplica las normas a los asuntos que se le confían. El abogado usa las normas para argumentar ante el juez a los fines de provocar una decisión a favor de su cliente.

Al argumentar, el abogado despliega la función técnica de presentar ante el tribunal el mejor escenario posible de los hechos y la construcción normativa más adecuada para obtener la resolución judicial que mejor satisfaga a los intereses del cliente.

En los procesos judiciales es necesario establecer la prueba de los hechos valiéndose de ciertos medios o indicios, que a menudo se contraponen unos a otros. La argumentación jurídica infiere de los indicios, la existencia o inexistencia de otros hechos que son considerados por la experiencia como la única explicación práctica posible de tales indicios.

3. El concepto del derecho

El Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por ley 26994, en sus primeros artículos, establece criterios relativos al concepto, las fuentes y la aplicación del derecho. Enumera las reglas de interpretación y fija la obligación de los jueces de resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

El artículo primero, en orden a las *fuentes* del derecho, establece que los casos que rige el código deben ser resueltos según las leyes aplicables, la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos signados por la República. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho. El mismo artículo, en orden a la *aplicación* del derecho, establece que se deberá tener en cuenta la *finalidad* de la norma.

El artículo segundo, fija los criterios de interpretación de la ley, teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

El artículo tercero, a su turno, establece que el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

Pero: ¿qué esa *cosa* que llamamos derecho? ¿Qué queremos significar con esa expresión?

Kant expresó hace más de cien años que los juristas *todavía* buscan un concepto de derecho, con alusión al fenómeno de la multitud de definiciones y la lista inacabada de soluciones propuestas por los filósofos del derecho. Herbert Hart consideró esta cuestión como una de las preguntas *persistentes* de los juristas, y al mismo tiempo una de las *perplejidades* recurrentes de la teoría jurídica. Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de manera tan diversa, extraña y aun paradójica como la pregunta "¿qué es el derecho?"

Las diferencias de los teóricos acerca del concepto de Derecho giran principalmente en que ciertos autores sostienen un *concepto normativo* de derecho, mientras que otros sostienen un *concepto descriptivo*. El *concepto normativo* hace referencia a un conjunto de *reglas* que por su *contenido* es conveniente o justo o debido emplear por parte de los individuos. El concepto normativo hace hincapié en la *conducta* a seguir. En lo que *debemos* hacer. A lo que estamos

obligados a hacer. El *concepto descriptivo*, en cambio sólo hace referencia a un conjunto de *reglas efectivamente aceptadas o aplicadas* por los órganos del Estado *independientemente* de su contenido, *cualquiera que sea* la conducta a seguir.

Tratemos de ahondar en el problema a los fines de explorar los argumentos que sostiene cada una de estas posiciones. La primera: definir el derecho por su *contenido*. La segunda definirlo por su *forma*.

Si analizamos el derecho como un *todo*, observamos que sus normas o reglas no se hallan dispersas o inconexas entre sí. Integran una estructura a la denominamos *ordenamiento jurídico*, estructura que le da unidad, coherencias y plenitud.

Las normas que integran esta estructura se ordenan en base a tres criterios.

El criterio de fundamentación, el criterio de derivación y el criterio de coordinación. Todas las normas del sistema remiten a principios superiores que presiden el ordenamiento. Las normas están estructuradas según una *relación de fundamentación*, toda vez que el ordenamiento remite a principios superiores que presiden el ordenamiento, tales como los principios de libertad, igualdad, seguridad. En esta dirección el CCyCN, refiriéndose a los criterios de interpretación, remite a los principios y valores jurídicos. Así los textos legales que constituyen fuente del derecho hallan su fundamentación en los principios generales del derecho.

Existe una relación de *derivación* en cuanto el sistema se presenta en *gradas* donde unas normas tienen mayor jerarquía que otras. Existe una relación de *coordinación* en cuanto el sistema jurídico se compadece o interrelaciona con otros sistemas como el moral o social. En este sentido, el artículo primero del CCyCN establece que las leyes son aplicables conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, con clara alusión a una gradación jerárquica de normas.

En tercer lugar existe una relación de *coordinación* en cuanto el sistema jurídico se compadece o interrelaciona con otros sistemas como el moral o social. Así el artículo décimo del CCyCN establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos en cuanto excedan los límites impuestos por la moral y las buenas costumbres.

De las previsiones del los artículos primero a tercero del CCyCN las normas leyes o reglas no operan en vacío, sino en una estructura signada por principios y determinada en decisiones judiciales.

La noción misma de *ordenamiento* supone una *reconstrucción* a partir de diferentes conceptos generados en la historia del pensamiento jurídico. La noción de sistema jurídico se halla condicionada por el *concepto* del derecho, por la idea de su *cohesión interna*, por la ponderación y valoración de fenómenos sociológicos, de forma tal que la noción de ordenamiento jurídico *determina* y se halla a su vez *determinada* por estos conceptos.

Así, el *contenido* del ordenamiento cambiará según el criterio de *fundamentación* que se adopte. Existen dos concepciones marcadas en la concepción de derecho. La concepción *iusnaturalista*, o del derecho natural, que sostiene que el derecho se define por su *contenido*, no sólo por su *carácter formal*. El iusnaturalismo requiere del derecho un contenido *moral*.

La segunda concepción es la *positivista* cuyo principal exponente es Hans Kelsen, sostiene que el derecho se define por su carácter *formal*, pudiendo tener cualquier contenido, incluso un contenido considerado inmoral o disparatado. En esta concepción el derecho no se define por su contenido- por el *ser*, sino por el criterio formal del *deber ser*. Entendido el *deber ser* como un comportamiento impuesto por el legislador, independientemente de que la conducta debida sea moralmente valiosa.

Por lo tanto, el *contenido del derecho* será distinto según la concepción que se adopte. Para el *iusnaturalismo*, el *contenido* del ordenamiento será distinto del *contenido* que le asigna el *positivismo*. Para el *positivismo* el *fundamento* del derecho positivo es el *deber ser* presupuesto en la *norma básica*, concebida ésta como un *presupuesto lógico* del sistema despojado de todo contenido moral. La norma jurídica puede tener *cualquier contenido*, incluso un contenido *inmoral*. En cambio, para el *iusnaturalismo*, los *principios del derecho natural* integran *necesariamente* el

ordenamiento jurídico, mientras que para los *positivistas*, esas consideraciones son *ajenas* al derecho.

La discusión *forma/contenido* divide a la dogmática jurídica lleva a distintas concepciones de objeto "derecho". En este punto el debate se centra en admitir que el derecho es *más* que *forma*, es más que un texto a interpretar y aplicar, que el derecho se define por su contenido, por su relación sustancial con los principios y valores sociales.

4. EL ORDENAMIENTO JURIDICO POSITIVO

1. La definición del derecho

A partir de las conceptualizaciones y teorías que hemos ido analizando, podemos ver que es más fácil decir que *no es* el derecho que decir *que es*. Esto nos lleva a la necesidad de tratar de definir el derecho, pero antes de eso tratar de hallar un concepto previo de *definición*.

En este sentido toda definición es útil en la medida en que expresa su objeto de estudio sin limitarlo. Es tentador pedir definiciones del derecho para la comprensión de su objeto de estudio, pero siempre a riesgo de imponer límites artificiales a la materia definida, límites que no se corresponden con la realidad.

El problema central de la discusión en torno al concepto del derecho es la *relación entre derecho y moral*, es decir acerca de su *contenido*. Para el *iusnaturalismo* y las demás concepciones *no positivistas*, el derecho tiene un contenido *moral*. En cambio, para los *iuspositivistas*, la cuestión del contenido del derecho no es una cuestión de la *ciencia del derecho*, sino a todo evento de la filosofía moral, ajena al derecho. El derecho, sostienen los *positivistas*, puede tener *cualquier* contenido, aún inmoral.

Los positivistas sostienen la *tesis de la separación*. Sostienen que no existe vinculación alguna entre el derecho y la moral. El concepto de derecho debe ser definido de tal manera que *no incluya ningún elemento moral*. El derecho se define solo por dos elementos: el de la *legalidad* y el de la *eficacia*. El principio de *legalidad* requiere que el derecho sea *creado* conforme las *reglas* que fije el ordenamiento o se halle dotado de *autoridad*, como por ejemplo la costumbre jurídica reconocida por los tribunales. El principio de *eficacia social* requiere que el derecho sea efectivamente aplicado.

Los iusnaturalistas sostienen la *tesis de la vinculación*. Sostienen que el derecho debe ser definido de manera tal que *contenga elementos morales*, particularmente criterios de *justicia*. No niegan la existencia de los principios de legalidad y eficacia como elementos definitorios del derecho, sino que *rechazan* la tesis de que el derecho pueda tener *cualquier contenido*, o que la *corrección del contenido* o su adecuación a *principios de justicia* sean irrelevantes a los fines de la definición del derecho.

La tesis de la separación, al limitar el concepto de derecho a la *legitimidad* y a la *eficacia*, desatiende la *función básica* y la *finalidad* del derecho que es la de *resolver conflictos humanos* y proveer a la *cooperación* de los hombres en sociedad. Los jueces, en la resolución de tales conflictos deben *justificar* siempre sus decisiones, es decir deben *dar razones* de los fundamentos que le llevan a aplicar unas reglas y no otras. Toda vez que las decisiones de los jueces afectan siempre a terceras personas, y a la sociedad en su conjunto, no pueden justificarse exclusivamente en la voluntad del legislador o en la suya propia como juez, sino que deben justificarse siempre en *razones morales*. El derecho no puede desentenderse de las concepciones éticas de la sociedad, a los principios de *justicia*, o a las estructuras *valorativas* de la sociedad.

Desde el positivismo se afirma que los iusnaturalistas son *dualistas* porque consideran que existen dos órdenes normativos: el derecho natural y el derecho positivo. Los positivistas niegan que existan esos dos órdenes. Afirman que existe un solo orden: el del derecho positivo. Participan por lo tanto de la tesis del *monismo*. La caracterización de monismo y dualismo no es correcta. Se basa en la afirmación equivocada que para el iusnaturalismo existen dos órdenes jurídicos.

El orden jurídico es uno aún argumentando la existencia de un derecho natural y un derecho positivo.

Proponemos la definición de Giuseppe Graneris: El derecho es un ordenamiento social coercible de las acciones humanas, según un criterio de justicia. Es un ordenamiento social, entendida la expresión como conjunto sistemático de normas y propicios. Coercible, es decir que el derecho ejerce el monopolio de la fuerza con aptitud de ejercer coerción, es decir imponer sus mandatos aún contra la voluntad de los particulares. De las acciones humanas, ya que el derecho no se confunde con la moral. El derecho regula las acciones humanas en cuanto conducta social. las acciones privadas de los hombres corresponden a los órdenes moral o religioso, pero no al jurídico. Según un criterio de justicia. El derecho tiene un elemento formal constituido por los principios de legitimidad y de eficacia, y un elemento material, constituido por el objeto del derecho que es la justicia. Se expresa un criterio de justicia, pues como se verá más adelante, existen distintos criterios valorativos y conceptualizaciones de la justicia.

El orden jurídico no se reduce a las reglas y normas jurídicas. El orden jurídico se nutre además de principios y se determina mediante decisiones jurídicas. Estos tres elementos constituyen la estructura escalonada del orden jurídico.

2. El sistema jurídico:

La noción de sistema implica afirmar que las normas jurídicas no se presentan aisladas, inconexas, sino que constituyen una totalidad ordenada. La noción de sistema permite explicar la existencia del derecho a través del estudio de las instituciones del ordenamiento jurídico. Permite comprender qué es el derecho, entendido éste como ordenamiento. Permite además, conocer lo que es el derecho, que es lo jurídico.

El sistema jurídico es un sistema normativo, es decir como una estructura de normas o reglas de conducta. Existen distintos sistemas normativos. Un ejemplo es el sistema normativo moral, otro ejemplo es el sistema normativo social. Los tres sistemas normativos son obligatorios en cuanto cada uno de ellos contiene una sanción por su incumplimiento. El incumplimiento de alguna obligación del sistema normativo social puede traer aparejada como sanción el ridículo o la exclusión social. El incumplimiento de alguna obligación del sistema normativo moral puede traer aparejada la pérdida de la confianza o la credibilidad. Y el incumplimiento de alguna obligación del sistema normativo jurídico puede traer aparejada una sanción económica o una pena privativa de la libertad. Todos ellos son sistemas normativos por contener normas o prescripciones de conducta a los cuales se asignan consecuencias determinadas. Y todos estos sistemas son normativos porque se estructuran en un sistema de normas dentro del cual unas se derivan de otras.

En este sentido, por sistema normativo debe entenderse un sistema deductivo de enunciados que comprenden todas sus consecuencias lógicas. Constituyen enunciados que correlacionan una conducta con una determinada consecuencia normativa: ya sea la permisón, la prohibición o la obligatoriedad de cierta acción. No es necesario que en un sistema normativo esté constituido sólo por normas. Puede estar constituido por normas y otros enunciados sin que por ello deje de ser un sistema normativo.

Por ejemplo, los sistemas normativos jurídicos contienen además de normas, conceptos, definiciones y descripciones fácticas, todos ellos pertenecientes al sistema jurídico sin ser por ello normas o prescripciones de conducta.

3. Sistema jurídico como sistema coactivo:

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? La diferencia estriba en que el derecho es un sistema coactivo, mientras que los demás sistemas normativos no lo son. Existe una diferencia significativa en el sistema normativo jurídico: este es el único que puede imponer las sanciones por la fuerza. Los otros sistemas no puede recurrir a ella, no tiene poder coactivo.

Atributo este que sólo existe en el derecho donde el Estado es la única institución que ejerce el monopolio de la fuerza para hacer cumplir sus mandatos. Las normas jurídicas prescriben sanciones que se aplican en forma *coactiva*. Esta es la *nota distintiva* de los sistemas jurídicos. Ni la moral ni la sociedad pueden imponer *coactivamente* sus mandatos, por lo tanto para Kelsen la característica del sistema jurídico es el de ser un sistema coactivo en el cual sus mandatos se imponen por la fuerza. La concepción de Kelsen ha sido objeto de diferentes críticas. La *coacción* -se afirma- no es nota esencial del derecho, sino nota secundaria, tal como lo argumenta Herber Hart.

4. Sistema jurídico como sistema institucionalizado.

La posición de Kelsen acerca de que la nota esencial del sistema jurídico es la de ser un sistema coactivo ha sido particularmente criticada por el jurista inglés *Herbert Hart*. En Kelsen el sistema jurídico está constituido por *normas primarias* y *normas secundarias*. Las normas primarias son *explícitas* son aquellas que establecen la *sanción*, y son enunciadas por el legislador. Las normas secundarias, en cambio, son *implícitas*, son aquellas que *deduce* el individuo y que formula en su mente para *evitar la sanción*. Las normas secundarias no son formuladas por el legislador, se *inferen* de las normas primarias y constituyen el *deber jurídico*, es decir, la conducta *debida* a los fines de evitar la sanción. Por ejemplo el legislador *no enuncia* la regla *prohibido matar*. El Legislador se *limita a fijar una sanción* para todo aquel que cometa homicidio. Esta es la *norma primaria* y que fija, por ejemplo, que *el que matare a otro deber ser condenado a una pena de entre 8 y 25 años de prisión*. La norma secundaria, que en el caso debería enunciarse como *“debe ser no matar”*, no es enunciada por el legislador, sino *deducida* o *inferida* por el sujeto de la *norma primaria*.

Hart critica este modelo de Kelsen. Hart confiere a los conceptos de *norma primaria* y *norma secundaria* un sentido *diferente*. En Hart las *normas primarias* son las que establecen la *obligación*. Mientras que las *normas secundarias* se refieren a las *normas primarias*. Una norma primaria establece por ejemplo el derecho del acreedor a reclamar de su deudor el pago de la deuda con más sus intereses moratorios, y otra norma, o normas, en este caso *secundarias* son las posibilitan el ejercicio de ese derecho. Por ejemplo en el código de fondo puede establecerse una norma expresa de que en caso de mora el deudor debe abonar intereses legales al acreedor. Es la norma primaria. Cuando el acreedor reclame el pago de intereses existen otras normas-procesales- que permitirán que pueda ejecutar, embargar y eventualmente ejecutar a su deudor. Estas son las *normas secundarias*.

Por lo expuesto, en la concepción de Hart, para distinguir el derecho de otros sistemas normativos -como lo es el sistema normativo moral- no basta acudir a la *coactividad* sino que hay que asumir que el derecho no sólo cuenta con *normas primarias de obligación* sino también con *normas secundarias* (se llaman así porque existen en función de las anteriores) de *reconocimiento, de adjudicación y de cambio*.

Las reglas primarias son las reglas que *prescriben a los individuos realizar ciertos actos*, los quieran o no. Imponen *obligaciones* puesto que tiene fuerza compulsiva y sirven de base para la crítica o el elogio por la conformidad o la no-conformidad con la regla. Estas reglas no sólo se dirigen a los funcionarios, prescribiéndoles la aplicación de sanciones sino que, *principalmente* se dirigen a los súbditos, indicándoles conductas que se consideran deseables. Son reglas primarias, pues las demás reglas - las secundarias - se refieren a ellas. A su vez, las reglas secundarias *no se ocupan directamente de lo que los individuos deben o no hacer*, sino que se ocupan de las reglas primarias. De que sean operativas.

Hart menciona tres tipos de normas secundarias: (1) La regla de reconocimiento, (2) La regla de cambio y (3) La regla de adjudicación. Estas reglas constituyen una *propiedad definitiva* del concepto de sistema jurídico: su carácter *institucionalizado*. A través de las normas secundarias el ordenamiento establece *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.

5. *Regla de reconocimiento.*

Mediante la regla de reconocimiento podemos *identificar* cuando una norma pertenece a un sistema, y correlativamente las *condiciones* que debe tener una norma para pertenecer a un sistema. Hart imagina una sociedad primitiva en la que rigen solo *reglas primarias* de tipo consuetudinario estableciendo la obligatoriedad de ciertas conductas. La falta de certeza sobre qué normas rigen la sociedad da origen a una *regla de reconocimiento* que determina las *condiciones* para que una regla sea una norma válida del sistema. La regla de reconocimiento dicta, en suma, criterios para la identificación de pertenencia de una determinada norma al ordenamiento. Establecen los *criterios de identificación del derecho*. Por ejemplo: "*son derecho en este país todas las reglas dictadas por el legislador A o por quien él autorice*".

6. *Reglas de cambio.*

Las reglas de cambio definirán órganos y procedimientos para *adecuar* el derecho existente a nuevas exigencias, y por consiguiente a introducir nuevas normas. El carácter *estático* de las normas vigentes de origen consuetudinario conduce a estipular reglas de *cambio* que dan competencia a ciertos individuos para *crear* nuevas reglas y *derogar* las existentes. Las *reglas de cambio* permiten *dinamizar* el ordenamiento jurídico indicando *procedimientos* para que las reglas primarias *cambien* en el sistema. Estas reglas son las que confieren *potestades* a los funcionarios y a los particulares para, en ciertas condiciones, *crear reglas primarias* de las cuales surjan nuevos derechos y obligaciones.

7. *Regla de adjudicación.*

Las reglas de adjudicación establecen las *competencias* y *poderes* necesarios para *determinar* cuándo ha tenido lugar la violación de las normas primarias y *aplicar* las sanciones del caso. Los problemas que pueden presentarse respecto de la *aplicación* de las normas de obligación a los casos particulares se resuelven recurriendo a normas de *adjudicación* que facultan a ciertos *órganos* para tomar decisiones revestidas de *autoridad* en casos particulares. Estas reglas determinan las *condiciones* por ejemplo, para que alguien sea juez, el *procedimiento* a seguir para adoptar una decisión judicial, y el alcance que tiene el carácter constitutivo de las decisiones judiciales. Hart sostiene que ver el derecho como una *unión* de reglas primarias de obligación, con las normas secundarias, facilita una comprensión más aguda de los fenómenos jurídicos que si se la encasilla en forma simplista en un esquema unitario.

8. *Estructura escalonada del ordenamiento jurídico*

El marco normativo se presenta así en distintos niveles de jerarquía lo que determina el concepto de la *estructura escalonada del ordenamiento jurídico*. Estructura que se presenta en tres escalones. El escalón superior lo constituyen los *principios*, el escalón intermedio las *normas* y el escalón inferior las *decisiones judiciales*.

Los *principios*, nacen de la *idea* del derecho y pueden identificarse como los criterios superiores del ordenamiento. Son los principios fundamentales del ordenamiento: justicia, libertad, seguridad, igualdad, orden público, bien común. Los principios son normas en sentido amplio, pero con una estructura distinta a las normas en sentido restringido, que se formulan con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica determinada. Son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo a las posibilidades jurídicas y fácticas que operan en sentido contrario. Estos principios son *generales*, en cuanto se aplican a todos sin distinción. Son *abstractos*, es decir, no han sido formulados en normas *escritas por ningún legislador*, sino que se halla por sobre cualquier formulación escrita. Son valores

supremos y fundamentales de la comunidad. Los principios requieren ser complementados y concretizados para ser ejecutables en el sentido de la aplicación jurídica. Representan puntos fundamentales de partida axiológicos y funcionales del sistema normativo. Constituyen una declaración explícita de contenido valorativo y son caracterizados por su contenido moral y por la referencia a la idea del derecho. Esto hace que los principios sean *suprapositivos* y *suprahistóricos*. Son suprapositivos, porque su existencia no depende de la decisión expresa de cualquier legislador positivo, y son *suprahistórico*, pues su existencia no se identifica en el tiempo con algún pensador o acontecimiento histórico o social que le haya dado nacimiento.

El segundo escalón lo constituyen las normas jurídicas, que al igual que los principios son *generales*, pero a diferencia de estos no son abstractos sino concretos. Son concretos en cuanto a que las normas se hallan determinada por un texto legal, por una formulación expresa. Las normas por esta formulación expresa son *positivas*. A diferencia de los principios que son *abstractos*, las normas son *concretas*, ya que han sido dictadas por el legislador para resolver situaciones debidamente caracterizadas o tipificadas. Son *históricas*, en cuanto entran en vigencia a partir de una fecha determinada, y *positivas* por haber sido formuladas expresamente por el legislador, hecho que las convierte en disposiciones

En el tercer escalón del ordenamiento se hallan las *decisiones jurídicas, la sentencia judicial*. Constituye el proceso de *adjudicación*, a mérito del cual los jueces, a través de sus sentencias *aplican de hecho* a los *justiciables* las consecuencias previstas por el ordenamiento en caso de verificación o constatación del supuesto de hecho previsto en la norma general. Las decisiones se diferencian de los principios y las normas en que estas dos son *generales* mientras que las *decisiones* son siempre *particulares*. Se aplican exclusivamente al caso individual. Se diferencian además de los principios en que estos son abstractos, mientras que las decisiones son *concretas* y *positivas. e históricas*.

Cuadro 1. Estructura escalonada del ordenamiento jurídico.

Principios	Abstractos	Suprapositivos/suprahistóricos	generales
Normas	concretos	Positivos e históricos	generales
Decisiones	concretos	Positivos e históricos	particulares

Habida cuenta la estructura escalonada del derecho ninguno de estos escalones es *prescindible*. No hay *regla* jurídica sin *principio*, no hay *decisión* jurídica sin *regla* jurídica. Pero tampoco ningún escalón puede ser deducido *directamente* del escalón superior. Esto quiere decir que ninguna regla jurídica puede deducirse *sólo* a partir de los principios o la *idea* de derecho, y que ninguna *decisión* puede adoptarse *sólo* a partir de la *regla* jurídica. Afirmar que *no hay regla jurídica sin principio*, significa que no es concebible el derecho sin un *criterio valorativo*. Significa afirmar que es errónea la posición que sostiene que el derecho sólo tiene un fundamento *empírico, fáctico o sociológico*. Afirmar, además, que *no hay decisión jurídica sin regla jurídica*, implica rechazar toda posición voluntarista que pretenda derivar la decisión jurídica directamente de la *idea del derecho*, ignorando el segundo escalón, el de las *normas jurídicas*.

El CCyCN en su artículo primero prescribe que los *casos* deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. Así de acuerdo al régimen legal el derecho se define como *principios y reglas*, presenta una estructura escalonada de principios, normas constitucionales y legales y consuetudinarias, y como último escalón las decisiones judiciales.

9. El concepto de validez

Validez formal

Preguntado por la *validez* de las normas que integran un sistema jurídico, Kelsen elabora el concepto de la *norma básica* concepto que no hay que confundir con el de *Constitución*. Kelsen determina la *validez* de una norma por su *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 ésta 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 básica*. No es una norma *positiva* dictada por algún legislador, sino una suerte de *hipótesis de trabajo*, que utilizan los juristas en sus construcciones. El *contenido* de la norma básica sería el siguiente: "*Debe ser lo que ha establecido el legislador originario*".

Kelsen confiere al concepto de validez 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. Para Kelsen la *norma básica* permite verificar la validez de cada norma y por ende su *pertenencia* al sistema. La norma jurídica *no es válida por su contenido*, sino formalmente, debido a la *competencia* del órgano autorizado a su creación. La validez constituye la *emisión normativa formalmente autorizada*.

Validez material

A este criterio de validez meramente *formal*, se opone un criterio de validez *material* o *sustancial*. La validez del derecho no depende sólo de su pertenencia al sistema sino en la medida en que sea derivación de los principios del ordenamiento jurídico que expresan la idea de *justicia*. El concepto de *validez* se vincula por lo tanto con el *contenido* del derecho, de tal forma que sólo es *válido* el derecho *justo*. El concepto de validez, se vincula así, con una concepción de los *valores* jurídicos. El *concepto material* de validez exige *determinados contenidos*. El derecho válido es *válido porque es valioso, porque encarna justicia*. Lo válido es lo justo y lo inválido es lo injusto. *Validez es sinónimo de justicia*. Una sentencia, no será válida porque haya sido dictada por el juez competente siguiendo el procedimiento establecido; sólo será válida si *no es manifiestamente injusta*. Lo que hace válida la sentencia es su *valor* desde el punto de vista de la justicia.

10. Distinguir eficacia y vigencia.

Los conceptos de *eficacia* o *vigencia* están vinculados a la *existencia* efectiva de una norma en el tiempo y en el espacio. Una norma es *eficaz* 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 terminología de los autores difiere con relación a la designación de éste concepto. Kelsen habla tanto de *vigencia* como *eficacia*. Una norma es eficaz cuando es obedecida. Hart habla de *aceptación* de la norma como pauta de comportamiento social. Alf Ross usa en término *vigencia* cuando cabe *predecir* que será aplicada por los jueces para justificar sus decisiones. El concepto de *eficacia* es de naturaleza *sociológico-jurídico* toda vez que refiere a un *hecho* o *acontecimiento* que se produce en la *realidad*. Una norma es *eficaz* cuando *se cumple*. Es *ineficaz* cuando *no se cumple*. Por lo tanto la *eficacia* o *ineficacia* de una norma remiten siempre a un *hecho* o *dato de la realidad a verificar*.

11. Caracteres del ordenamiento jurídico

Concebir el derecho como *ordenamiento* implica conferirle los siguientes caracteres: (1) *Unidad*; (2) *Coherencia*; y (3) *Plenitud*.

1. Principio de unidad El derecho está integrado por normas que proviene de órganos y sujetos distintos. Sin perjuicio de ello exhibe una *estructura unitaria*, por la existencia de *criterios* que permiten identificar las normas como *pertenecientes a un mismo sistema*. Los *criterios* de unidad han sido identificados por los autores en distintos factores. El pensamiento clásico fijaba como criterio de unidad la *correspondencia* del derecho positivo con los principios del derecho natural. Austin, en el siglo XIX identifica el criterio de unidad con el concepto de *soberanía*. El sistema

jurídico se entendía constituido por un conjunto de *mandatos*, y la estructura unitaria la otorgaba el soberano a través de la creación de normas. Para Kelsen la unidad del ordenamiento proviene de la Constitución, la que determina la forma y el contenido con que deben *crearse* las demás normas del sistema. Kelsen estructura un sistema *dinámico* de creación normativa, donde el derecho se presenta como un tejido normativo. La unidad del sistema jurídico no la otorga su *contenido*, sino el proceso dinámico de producción normativa. En este sentido, para Kelsen *cualquier contenido puede ser derecho*. Para Kelsen en sistema jurídico se apoya en una *norma básica, hipotética o fundamental* que asegura tanto su *unidad* como su *validez*. En Kelsen la unidad del sistema está garantizada, además, por la *identificación* del derecho con el *Estado*. Kelsen denomina Estado al *ordenamiento jurídico*. El Estado, en Kelsen, no es otra cosa que un *orden coactivo de la conducta humana*. Para Hart la unidad del ordenamiento se apoya en la *regla de reconocimiento*, entendida ésta como regla última que suministra los criterios que determinan la *validez* de otras reglas del sistema y su *pertenencia* al mismo. La principal diferencia entre la *norma fundamental* y la *regla de reconocimiento* de Hart reside en que la primera es una mera *hipótesis de trabajo*, una *norma supuesta*, mientras que la regla de reconocimiento es una *norma positiva*. Es una norma que puede ser *reconocida* en la práctica social. Finalmente, para Dworkin, la unidad del sistema está garantizada por los *principios*. Estos *principios* son entendidos como prácticas, usos, convicciones, nociones políticas aceptados por los tribunales, profesionales y particulares en la comunidad. Estos principios deben ser evaluados por el Juez para su *correcta* aplicación al sistema, quien debe hallar la *respuesta correcta* del sistema, más o menos coherente con los conceptos de moralidad pública reinantes.

2. Principio de coherencia.

Un ordenamiento jurídico es coherente si ninguna de sus normas se contradice, si no existen *antinomias* jurídicas. 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 principio alude al concepto de *coherencia* como *consistencia*, es decir *ausencia de contradicción entre las proposiciones*. Estas contradicciones se denominan *antinomias*. De hecho, el ordenamiento *suele contener* normas contradictorias e incompatibles. El principio de coherencia no implica negar su existencia. Este principio requiere que estas normas contradictorias sean interpretadas de forma tal que *desaparezca* la incoherencia. El principio de coherencia requiere mecanismos de resolución de antinomias, pero al mismo tiempo requiere en la práctica un legislador auto consistente y coherente que someta su producción normativa a técnicas legislativas sometidas a un criterio de *racionalidad* normativa.

Antinomias Existe *antinomia* cuando dos o más normas regulan un mismo supuesto de hecho, estableciendo una consecuencia jurídica que es contradictoria u opuesta entre sí. Para poder determinar la existencia de una antinomia es necesario verificar la existencia de los siguientes presupuestos: (a) Que las normas contrapuestas pertenezcan fehacientemente a un *mismo* ordenamiento jurídico: (b) Que ambas normas compartan el mismo ámbito de validez, sea este temporal, espacial, personal o material.

Mecanismos de resolución de antinomias:

Los mecanismos de resolución de antinomias son los siguientes:

(1) **El criterio jerárquico** a mérito del cual *la norma de grada superior deroga a la norma de grada inferior*. Este criterio presupone el principio de seguridad jurídica y su exigencia de certeza jurídica y deriva del concepto de *jerarquía normativa* derivado tanto de la *norma básica* de Kelsen, como de la *regla de reconocimiento* de Hart.

(2) **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*.

3) **El criterio de especialidad**, a mérito del cual la ley *especial* prevalece frente a la ley general. Los procedimientos de *heterointegración* permiten colmar las lagunas mediante la aplicación de normas que *no pertenecen* al sistema. Permite recurrir a fuentes *externas* al sistema. La integración del derecho se logra recurriendo a *otros* ordenamientos jurídicos, en el caso de que el sistema jurídico lo autorice. Los procedimientos de *autointegración* son aquellos que recurren a procedimientos *internos* para colmar las lagunas. Los procedimientos de autointegración son la *analogía*, y los *principios generales del derecho*. La analogía opera cuando el intérprete se enfrenta a un *caso o supuesto de hecho* que no ha sido previsto por el legislador. La integración por analogía implica indagar si existe *semejanza* entre ese caso y otro previsto y resuelto por el ordenamiento. La analogía o semejanza puede hallarse en una *norma o regla o ley*, en cuyo caso el supuesto se denomina de *analogía legis*, o del conjunto de normas, valores o principios legales, en cuyo caso se denomina *analogía juris*. Más adelante analizaremos el procedimiento de integración por *analogía* y su distinción con los mecanismos de *interpretación*.

5. EL DERECHO NATURAL

Ha sido constante la preocupación por hallar el *fundamento* del derecho. La doctrina se divide entre quienes consideran que el fundamento del derecho es la ley *humana* o *positiva*. Estos autores son los *positivistas*. Otros consideran que el fundamento del derecho se halla en la ley *natural* preexistente a cualquier legislador humano. Estos autores son los *iusnaturalistas*.

Los *iusnaturalistas*, son *dualistas*, pues consideran que existe un *derecho natural* jerárquicamente superior al *derecho positivo* y que éste último debe ajustarse a los dictados del primero. Los *positivistas*, en cambio son *monistas*, ya que sólo reconocen la existencia de un *único* derecho, el *derecho positivo*. A su vez: mientras los *iusnaturalistas* son *realistas* en su concepción del derecho, pues consideran que el derecho está en la realidad y puede conocerse y estudiarse como cualquier otro *hecho* de la vida en sociedad, los *positivistas* son *convencionalistas*, es decir, consideran que el derecho es *una creación convencional* de los hombres.

El derecho no es el único sistema de *normas*. También lo es la *moral*. Por lo tanto: existe un sistema normativo jurídico y un sistema normativo moral. Ambos sistemas se hallan íntimamente relacionados. La tarea de los juristas, legisladores y jueces es determinar en qué medida debe basarse el derecho en la moral. El progreso del derecho consiste precisamente en ampliar su radio de acción incorporando deberes morales al campo jurídico.

Para el positivismo jurídico Moral y Derecho son dos órdenes totalmente independientes. El derecho no debe tener *necesariamente* un contenido moral. Por el contrario, el derecho puede tener *cualquier* contenido, incluso inmoral, sin que por ello deje de ser derecho.

La ética surge de la conciencia pero también procede de un orden objetivo exterior. Tanto el derecho como la moral tienen elementos de heteronomía.

La distinción entre el Derecho y la Moral se reduce al hecho de que el Derecho se impone *coercitivamente* mientras que la norma moral carece de coercibilidad.

Necesidad de una fundamentación del derecho.

La polémica entre los positivistas e iusnaturalistas ha dominado gran parte de los debates del siglo XX. La discusión se centró principalmente respecto de los fundamentos del derecho y la existencia y caracteres del derecho natural.

El concepto de *ley natural* difiere del concepto de *ley del derecho positivo*. El concepto de *ley del derecho positivo* está unido a la *norma* o *prescripción de conducta* dictada por el legislador. El concepto de *ley natural* es otro. El concepto de *ley natural* está unido a la condición humana del hombre. La *ley natural* es preexistente a cualquier legislador humano. El derecho natural es *la orientación imperativa de la que debe servirse el legislador positivo si quiere hacer progresar el derecho acercándolo a su finalidad, a su actualización, a su forma*

Es *orientación imperativa* pues el *derecho natural* se distingue del *derecho positivo*. Es *guía* para el legislador, pues el derecho positivo es imperfecto y mutable, y el derecho natural constituye aquello que "*debe ser*". Por *derecho* se entiende el sentido estricto de lo *justo*. Por *derecho objetivo* como *conjunto jerárquico* de normas obligatorias que regulan la vida en sociedad. Como el conjunto de normas y principios jurídicos que regulan la vida social del hombre, aun en ausencia de toda ordenación positiva. Por *natural* debe entenderse aquello que es *consustancial* a hombre.

Con los griegos nace la filosofía de la mano de su predisposición a la observación y la especulación. Pero esta predisposición para la observación y reflexión filosófica no fue aplicada a la consideración de los problemas jurídicos. Los pensadores presocráticos buscaron lo *correcto*, lo *justo*, en la *naturaleza*. Para los griegos lo importante era la *justicia* y no la *ley*. Los griegos no poseyeron en ningún momento de su historia un *sistema jurídico* adaptado a su realidad histórica. La primitiva filosofía griega fue casi exclusivamente una filosofía de la *naturaleza*, donde el sujeto no era tenido en cuenta, hallándose dominado por la naturaleza cósmica.

Con Sócrates (469-399 a. C.) se funda la *Ética* y se esbozan los principios de un derecho natural. El método de Sócrates constaba de dos momentos: La *ironía* mediante la cual abrumaba de preguntas a su interlocutor hasta hacerlo enfrentar con sus propias contradicciones o falta de argumentos; La *mayéutica*, o *parto de ideas*, mediante la cual, basándose en argumentos, el interlocutor hallaba la verdad. Sócrates buscaba por sobre todo la noción de *universalidad*. Sócrates buscaba un conocimiento *universal e inteligible*. Este afán de *certeza* objetiva hacía nacer la noción de *concepto*. En Sócrates vemos el esfuerzo por llegar a un *concepto* de *justicia universal* que estuviese por encima de los intereses y contingencias de los hombres.

Platón (427-347 a. C.), discípulo de Sócrates considera la justicia como una *virtud universal* en su forma *ética* y no como algo privativo del derecho.

Aristóteles (384-322 a. C.), quien en su juventud se incorporó a la Academia de Platón, sostuvo que el hombre es un *animal político*, esencialmente *sociable*, inclinado por su propia naturaleza a convivir con sus semejantes constituyendo la sociedad y el Estado. Aparece por primera vez tratada la *justicia* como algo *específico* del derecho y de la ley, apartándose del criterio platónico que la consideraba únicamente como una *virtud interior* y general, tal como lo había enseñado Sócrates.

Distingue Aristóteles la *justicia legal* y la *justicia natural*. Es *natural* la que tiene en *todas partes la misma fuerza* y *no depende de la aprobación de los hombres*. Aristóteles no contrapone una *ley natural* a una *ley positiva*, sino lo que es *justo por sí mismo* o por *naturaleza* y lo que es establecido por mandato o convención entre los hombres.

Los romanos, por su parte, carecieron de la inclinación filosófica especulativa de los griegos pero poseyeron como nadie la virtud de prever y llenar las necesidades prácticas. Este poder de prever y organizar el genio práctico llevó a Roma a establecer un sistema de derecho elaborado durante siglos. Tal obra legal no fue cumplida siguiendo el desarrollo de principios teóricos sino de acuerdo a necesidades que surgían de los hechos.

La concepción romana del *derecho natural* tuvo su raíz filosófica en la doctrina del *estoicismo*, que consideraba al derecho natural como constituido por una serie de *principios* basados en la naturaleza de las cosas, comunes al género humano.

La equidad o *aequitas* romana se correspondió con el concepto de la *justicia primaria*. En Grecia, el concepto de *equidad*, tenía un sentido puramente *práctico*, el de *corregir* la excesiva generalidad de la ley, permitiendo así la justicia del *caso particular*. En Roma, en cambio, su función fue más completa: por un lado tenía esa misión *práctica* de ir *acomodando y ajustando* la ley general al caso particular. Y por otro lado servía de *noción ideal* para el *derecho natural*. Derecho y equidad pasan a ser sinónimos.

Tomás de Aquino, el más grande filósofo de la Edad Media concibe la ley como el principio exterior de los actos buenos del hombre.

La ley es “una cierta regla y medida de los actos que induce al hombre a obrar”. Pertenece al orden de la razón, y constituye un dictado de la razón práctica, dictada por el gobernante en miras del bien común. Define a la ley como: “Una prescripción de la razón en orden al bien común promulgada por aquel que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad”

En su concepción de la justicia Santo Tomás de Aquino parte de Aristóteles, pero no concibe a la justicia como algo distinto del derecho, sino que el derecho es el objeto de la justicia. E decir, la virtud de la justicia, contiene en su esencia al derecho. Por lo tanto el derecho injusto no es derecho.

Define la Justicia inspirándose en Ulpiano como “el hábito por el cual la perpetua y constante voluntad es dado a cada uno su derecho”. La justicia no reside en el entendimiento, sino en la voluntad. Distingue la justicia general, que es una virtud, de la justicia particular. Esta a su vez puede ser distributiva y conmutativa. Finalmente introduce la noción de la justicia legal. La justicia legal es lo que los individuos deben a la comunidad. La meta de la justicia legal es el bien común

En el Renacimiento, la noción de *derecho natural* se separa de la noción de ley eterna y da comienzo a la corriente de pensamiento del derecho natural racionalista. Estos autores basan el derecho natural en la razón. El derecho natural ya no se lo consideraba como la participación de la ley eterna, sino como ínsito en naturaleza del hombre. Se ve al derecho natural como una construcción racional con los caracteres enunciados por la doctrina del derecho natural clásico. Así el derecho natural era absoluto y, universal.

Para la escuela del derecho natural del siglo XVIII El fundamento del derecho lo constituía la naturaleza del hombre, en lo que ésta tiene de universal, perenne, absoluta.

El contrato social constituyó una concepción de la sociedad concebida como un pacto libremente convenido entre los hombres que daba origen a la sociedad civil. Se postulaba la existencia de una serie de derechos llamados naturales, innatos, que no podían ser ignorados ni conculcados por poder alguno.

Eran derechos subjetivos que el hombre poseía al inicio de una manera natural que eran descubiertos y establecidos por la sola razón

6. EL POSITIVISMO JURIDICO

Mientras el *iusnaturalismo* considera que el fundamento del derecho es el derecho natural, el *positivismo jurídico* considera que el fundamento del derecho es la ley positiva. Sólo es Derecho aquello que puede ser objeto de un conocimiento empírico. Niegan la existencia de un *derecho natural* cuyos dictados, normas o principios no pueden ser objeto de verificación empírica.

En el siglo XIX Augusto Comte fijó los principios básicos del positivismo. Estos eran: (1) Sólo existe el conocimiento empírico, el que se funda en los hechos y formula leyes de coexistencia y sucesión de fenómenos, (2) Sólo conocemos los fenómenos, las apariencias de las cosas, (3) El único método válido es el de las ciencias experimentales, (4) Toda metafísica es un intento inútil y estéril. Es carente de sentido la búsqueda de todo lo que se llama “las causas”, sean primeras o finales. Con el positivismo la filosofía queda reducida a una mera teoría incapaz de dar respuesta científica a los problemas planteados por el Derecho y la Justicia.

El positivismo considera al Derecho desde un ángulo meramente empírico y sin referencia a principios o valores superiores a su realidad inmediata.

Hans Kelsen es el máximo exponente del positivismo del siglo XX. Perteneció a la Escuela de Viena que cimentó el positivismo jurídico ceñido a una lógica formal del derecho. Para esta teoría todas las afirmaciones de tipo metafísico, en especial aquellas relacionadas con el contenido de valores y normas, carecen de sentido. Las valoraciones son percibidas sólo como expresión de sentimientos particulares. Aún admitiendo la existencia de valores, estos valen para cada uno, profesando así un relativismo axiológico. Es decir, la justicia, la paz, el orden, no son más que

sentimientos particulares, privativos de cada sujeto que pueden o no coincidir con los sentimientos de los demás.

Kelsen distingue: (a) La esfera del *ser* donde las relaciones son de *causa a efecto*, y rige el principio de *causalidad*. La relación de causalidad es *necesaria*, es decir que a la causa *le sigue* el efecto independientemente de la voluntad del hombre. Por ejemplo por el principio de causalidad el metal sometido al fuego se dilata mientras que la madera sometida al fuego se consume. (b) Al derecho, en cambio corresponde la esfera del *deber ser*, donde la relación no es de causa o efecto sino *dispuesta* por el hombre, que obra con *libertad*. En el derecho la relación entre el hecho ilícito y la sanción está *puesta* por el legislador que ante un hecho que considera ilícito le *imputa* una sanción determinada. La relación por lo tanto no es de causalidad sino de *imputación*

No existe para Kelsen la conducta *mala in sé*, es decir una conducta humana *intrínsecamente* reprochable, sino solamente la conducta *mala prohibita*, de donde una conducta es reprochable solamente cuando el legislador la *convierte en ilícita* al *imputarle* una sanción. El derecho es concebido como un *orden coactivo exterior* consistente en un sistema de normas estructuradas en una *pirámide normativa*. Todas las normas del sistema jurídico son normas *positivas* a excepción de *una* norma, a la que llama *norma básica* o *norma hipotética* o *norma fundamental*, que es precisamente la norma que está en el vértice de la pirámide y que sostiene el sistema normativo. Las otras normas son *positivas* porque han sido puestas por el legislador según la *forma* y el *contenido* establecido la Constitución o por otras normas positivas del sistema.

La *norma básica* o *norma fundamental* - la que no hay que confundir con la Constitución de un país- no es una norma *positiva*, porque no está *puesta*. Es meramente una *hipótesis* que considera *la voluntad del primer constituyente como poseedora de carácter normativo*

La concepción de Kelsen se reduce a una visión puramente *formal* del derecho, que ignora cualquier otra realidad fuera de la norma jurídica, constituyendo un claro ejemplo de *nominalismo* jurídico.