

DERECHO Y ARGUMENTACION CRITERIOS DE DECISION JUDICIAL

MODULO UNO EL ORDENAMIENTO JURIDICO POSITIVO

1.El derecho como práctica argumentativa

El derecho 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 sus sentencias.

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 crear normas de carácter general o particular, ni aplicar las normas a los asuntos que se le confían. El abogado usa las normas para argumentar ante el juez o decisor a los fines de provocar la decisión más favorable para 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 que le permite el ordenamiento jurídico, 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 para ello de ciertos medios o indicios, los 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.

2. 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?

El filósofo prusiano Emanuel Kant- hace más de cien años- sostuvo 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.

El filósofo del derecho británico 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* seguir por los individuos. El concepto normativo así, 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. El derecho se define por su *forma*, cualquiera sea su contenido.

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 un plexo, una estructura, a la denominamos *ordenamiento jurídico*, estructura que le da unidad, coherencias y plenitud.

3. Criterios de fundamentación, derivación y coordinación

Las normas que integran esta estructura se ordenan así en base a tres criterios. El criterio de *fundamentación*, el criterio de *derivación* y el criterio de *coordinación*.

Todas las normas del sistema jurídico remiten a principios superiores que presiden el ordenamiento. Las normas están estructuradas según una *relación de fundamentación*, ya 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.

En segundo lugar, existe entre las normas una relación de *derivación* en cuanto el sistema jurídico se presenta en *gradas*, donde unas normas tienen mayor jerarquía que otras. Las leyes se hallan en una grada superior a los decretos y estos respecto de las resoluciones administrativas, como ejemplo.

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 entre las normas una relación de *coordinación* en cuanto el sistema jurídico se compadece o interrelaciona con otros sistemas normativos, como lo son el sistema normativo moral o el sistema normativo 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 de 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.

4. El contenido del derecho

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 el jurista alemán Hans Kelsen, quien sostiene que el derecho se define por su carácter *formal*, pudiendo así 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 o no 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. En cambio, para el *iusnaturalismo*, los *principios del derecho natural* integran *necesariamente* el ordenamiento jurídico. Para los *positivistas*, esas consideraciones son *ajenas* al derecho. Son *ajenas* al derecho, son *meta-jurídicas*.

Aún hoy la discusión *formal/contenido* divide a la dogmática jurídica y lleva a distintas concepciones de objeto "derecho".

En este punto el debate se centra en admitir si el derecho es *más* que *forma*, si es más que un texto a interpretar y aplicar, si el derecho se define por su contenido, por su relación sustancial con los principios y valores sociales.

5. 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 entonces como ordenamiento. Permite además, conocer *lo que es el derecho*, que es lo *jurídico*.

El sistema jurídico es un sistema *normativo*, es decir una estructura de *normas o reglas* de conducta. Existen distintos sistemas normativos. Un ejemplo lo constituye el sistema normativo *moral*, otro ejemplo lo es el sistema normativo *social*.

Estos tres sistemas normativos son *obligatorios* en cuanto cada uno de ellos contiene una *sanción* por su incumplimiento.

Pertencen al sistema normativo social reglas relativas al saludo, convivencia, pertenencia y comportamientos similares impuestos por usos o convencionalismos sociales. El incumplimiento de alguna obligación del sistema normativo social puede traer aparejada una sanción, también de carácter social, como puede serlo el ridículo, el rechazo o la exclusión social.

El sistema normativo moral está integrado por reglas superiores de respeto de la libertad, integridad y autonomía de las personas. El incumplimiento de alguna obligación del sistema normativo moral puede traer aparejada una sanción de carácter moral, tales como, la pérdida de la confianza o la credibilidad.

En sistema normativo jurídico está integrado por los principios, reglas y decisiones que posibilitan y garantizan la convivencia y paz social mediante la realización de los valores y la justicia. En este caso, el incumplimiento de alguna obligación del sistema normativo jurídico puede traer aparejada una sanción económica o una pena privativa de la libertad.

Los tres órdenes mencionados son sistemas *normativos*, por contener *normas o prescripciones de conducta* a los cuales se asignan *consecuencias* determinadas. Se los denomina sistemas *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 *permisión*, la *prohibición* o la *obligatoriedad* de cierta acción. No es necesario que 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, otros enunciados como ser *conceptos, definiciones y descripciones fácticas*, todos ellos *pertenecientes* al sistema jurídico sin ser por ello *normas* o prescripciones de conducta.

6. El sistema jurídico como sistema coactivo

Tanto el derecho, como la moral y las reglas sociales son *sistemas normativos*. Los tres sistemas contienen *obligaciones y sanciones* en caso de incumplimiento. Pero: si los tres sistemas tienen obligaciones y sanciones, ¿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*.

La diferencia es significativa. El sistema normativo jurídico es el *único* que puede imponer las sanciones por la fuerza. Es el único que puede imponer sus mandatos en forma coactiva.

Los otros sistemas no pueden recurrir a la coacción, al recurso de la fuerza. Los sistemas normativos moral y social, 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.

7. 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 *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 el individuo *deduce* de la norma primaria 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*.

Herbert 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* son aquellas que 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. En el ejemplo anterior: la norma de fondo que establece 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 definitoria* 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.

a. 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. Esta regla establece 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*".

b. 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.

c. 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. La 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

9.1. 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*.

9.2 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*.

3. El principio de plenitud

La visión del derecho como *ordenamiento* lleva a contemplarlo como capaz de dar solución a *todos los problemas* que se plantean en el campo de lo jurídico. Pero es obvio que el legislador no ha previsto, ni ha podido prever *todos los casos* a fin de darle solución normativa.

El principio de la *plenitud del ordenamiento jurídico* no afirma que el derecho contiene una *norma para cada caso*, sino que todos los casos posibles tienen una *solución normativa*. Dicho en otros términos, *ningún caso queda sin resolver, ningún caso queda sin juzgar*.

El CCyCN impone al juez el deber de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción. No pueden *dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes*.

El concepto de plenitud del derecho debe entenderse, por lo tanto, en el sentido de que el derecho es *pleno* o *hermético* porque el sistema *siempre* da respuesta a los casos planteados. Es decir, pueden existir *lagunas en la ley*, pero no existen *lagunas en el derecho*.

Esta característica implica afirmar que el sistema jurídico es un sistema *completo y acabado*. Un ordenamiento jurídico es *pleno*, se afirma, si dispone al menos de *una respuesta para cada hecho* de la vida real cuya naturaleza exija su regulación jurídica. En rigor de verdad, esta afirmación no deja de ser una *formulación dogmática* alejada de la realidad. La plenitud, es una *aspiración de la ciencia jurídica prácticamente inalcanzable*, porque la sociedad suele cambiar con mayor rapidez que el derecho, de modo que siempre el derecho va a la zaga de la realidad..

Hoy el principio de plenitud se reduce a afirmar que el sistema cuenta con procedimientos para resolver todos los supuestos de *indefiniciones, ambigüedades y ausencia* de normas aplicables al universo de casos a resolver. El principio de plenitud del ordenamiento establece que el derecho cuenta con una *respuesta* para cada caso. Que el ordenamiento es un sistema cerrado y que todos los casos han sido previstos por el legislador. La realidad demuestra

que este principio se reduce a una mera afirmación *dogmática*, y que el sistema jurídico, en los hechos presenta situaciones no previstas ni regladas.

3.1 Lagunas El principio de plenitud del ordenamiento jurídico está vinculado con el problema de las *lagunas*. Se habla de *laguna* cuando un caso no ha sido previsto por el legislador o las normas vigentes no otorgan ninguna solución. La expresión *laguna del derecho* constituye una metáfora usada para aludir a los posibles *vacíos* normativos.

El problema de las lagunas puede referirse a la existencia de lagunas en la *ley*, o la existencia de lagunas en el *derecho*. Hemos afirmado que es lógicamente imposible que el legislador prevea *todos los casos posibles* a fin de darles una solución normativa. Por lo tanto no se halla en discusión la existencia de lagunas en la *ley*.

Distinta es la solución a la pregunta acerca de la existencia de lagunas en el *derecho*.

En este punto los autores refieren la existencia de dos tipos de lagunas: (a) La *laguna normativa* y (b) La *laguna axiológica*. Veamos sus diferencias.

(a) Laguna normativa La *laguna normativa* es aquella en que el caso *no se halla previsto ni resuelto* por las normas vigentes. Existe una *laguna normativa* cuando un caso puntual no se halla previsto en los textos legales.

(b) Laguna axiológica En la *laguna axiológica* *sí* existe una norma pero el juzgador la considera valorativamente inadecuada, injusta o inconveniente para las partes. En este caso La laguna *no existe* en el sistema. Es el juzgador el que la *crea* para aplicar una solución *distinta* de la prevista por la norma.

Existe *laguna axiológica* cuando el caso puntual *sí* está previsto en el texto legal, pero su aplicación se *juzga inapropiada*. En este caso el intérprete *crea la laguna*, ya que al existir un texto que resuelve el caso, no existe, *de hecho* una *laguna normativa*.