

INTRO DUCCIÓN AL DERECHO

DER

INTRODUCCIÓN
AL **DERECHO**

Eloy Emiliano Suárez

UNIVERSIDAD
NACIONAL DEL LITORAL



Introducción al Derecho



**UNIVERSIDAD
NACIONAL
DEL LITORAL**

Rector **Enrique Mammarella**
Director de Planeamiento y Gestión Académica **Daniel Comba**
Directora Ediciones UNL **Ivana Tosti**

.....

Suárez, Eloy Emiliano
Introducción al Derecho / Eloy Emiliano Suárez.
- 3a ed. - Santa Fe : Ediciones UNL, 2020. Libro
digital, PDF - (Cátedra)

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-749-199-9

1. Filosofía del Derecho. 2. Justicia Social.
3. Jurisprudencia. I. Título.
CDD 340.1

.....

© Eloy Emiliano Suárez, 2020.

© ediciones**UNL**, 2020



Coordinación editorial
María Alejandra Sedrán
Coordinación diseño
Alina Hill
Producción general
Ediciones UNL
Diagramación de interior y tapa
Verónica Rainaud

—
editorial@unl.edu.ar
www.unl.edu.ar/editorial

.....



hdl.handle.net/11185/5535

Introducción al Derecho

Eloy Emiliano Suárez



COLECCIÓN
CÁTEDRA

Índice

Prólogo a la primera edición / 14

Nota preliminar a la tercera edición / 17

Nota preliminar a la segunda edición / 19

1. EL CONCEPTO DEL DERECHO / 21

1. Una primera aproximación / 21

2. Diversas acepciones y uso de la palabra derecho. Carácter analogico del término / 22

2.1. Derecho como norma (sentido objetivo) / 23

2.2. Derecho como facultad (sentido subjetivo) / 23

2.3. Derecho como saber científico / 24

2.4. Derecho como ideal de justicia / 24

3. Diferentes perspectivas desde donde puede definirse el derecho / 25

3.1. Perspectiva estructural / 26

3.2. Perspectiva funcional / 26

3.3. Perspectiva valorativa / 27

3.4. Perspectiva argumentativa / 27

4. El derecho como un conjunto de normas de conducta / 28

4.1. ¿Qué son las normas? / 28

4.2. La noción de norma a partir del análisis del lenguaje / 29

4.3. Los elementos de las normas según von Wright / 30

4.4. El derecho: ¿es un conjunto de normas de conducta? / 31

5. Derecho y Estado / 32

5.1. Elementos del Estado / 32

5.2. ¿Qué es el Estado? / 33

6. Derecho y poder / 34

6.1. Diferentes tipos de poder / 34

6.2. El poder coactivo como monopolio del Estado / 34

6.3. Relaciones entre poder y derecho / 34

7. Derecho y fuerza / 35

8. Derecho y consenso / 36

9. Funciones del derecho / 36

9.1. ¿Cuál es la función social del derecho? / 36

9.2. La concepción funcionalista / 37

9.3. ¿Cómo logra el derecho conseguir el orden social? / 37

9.4. El derecho como instancia formal de control social / 37

9.5. Los fines y los medios / 38

9.6. La concepción conflictualista (Marx) / 38

10. Derecho y valor / 39

10.1. ¿Qué son los valores? / 40

10.2. ¿Qué características tienen? / 41

- 11. Dos visiones polémicas: iusnaturalismo y positivismo jurídico / 42
- 12. El concepto iusnaturalista del derecho / 42
 - 12.1. El realismo clásico iusnaturalista / 43
 - 12.2. El iusnaturalismo racionalista / 45
 - 12.3. Hugo Grocio (1583-1645) / 46
 - 12.4. Thomas Hobbes (1588-1679) / 46
 - 12.5. Jean Jacques Rousseau (1712-1778) / 47
 - 12.6. Samuel von Pufendorf (1632-1694) / 48
 - 12.7. Immanuel Kant (1724-1804) / 48
- 13. El concepto positivista del derecho / 49
 - 13.1. El denominado positivismo ideológico / 49
 - 13.2. El denominado positivismo metodológico o conceptual / 50
 - 13.3. Hans Kelsen / 51

2. LOS SABERES JURÍDICOS / 54

- 1. Ciencia del derecho y saberes jurídicos / 54
 - 1.1. Dogmática Jurídica / 61
 - 1.2. Teoría General del Derecho / 62
 - 1.3. Sociología del Derecho / 63
 - 1.4. Lógica Jurídica / 64
 - 1.5. Informática Jurídica / 65
 - 1.6. Historia del Derecho / 65
 - 1.7. El Derecho Comparado / 66
 - 1.8. La Antropología Jurídica / 67
 - 1.9. La Psicología Jurídica / 67
 - 1.10. La Teoría Económica del Derecho / 68
- 2. Filosofía del Derecho / 68
 - 2.1. El problema del ser o del concepto del derecho / 69
 - 2.2. El problema del conocimiento del derecho / 69
 - 2.3. El problema de los valores del derecho / 70

3. ÓRDENES NORMATIVOS DE LA CONDUCTA HUMANA / 71

- 1. La persona humana. Su dignidad / 71
 - 1.1. Libertad y responsabilidad / 71
- 2. La acción humana / 72
 - 2.1. Aspectos / 72
- 3. Normas de conducta. Caracteres y clasificación / 73
 - 3.1. Comparación con las leyes físicas / 74
 - 3.2. Comparación con las reglas técnicas / 74
 - 3.3. Juicios de realidad y juicios de valor / 75
- 4. Derecho y moral / 76
 - 4.1. Caracteres distintivos / 77
 - 4.1.1. En razón del objeto / 77
 - 4.1.2. En razón del fin / 77

- 4.1.3. En razón de la autonomía o heteronomía / 77
- 4.1.4. n razón de la unilateralidad o bilateralidad / 78
- 4.1.5. En razón de la incoercibilidad o coercibilidad / 78
- 4.1.6. En razón de la sanción / 78
- 5. Convencionalismos sociales / 79
- 6. Doctrinas que niegan la posibilidad de distinguir ambos sistemas normativos / 79
 - 6.1. La tesis de del Vecchio / 79
 - 6.2. La tesis de Radbruch / 80
- 7. Doctrinas que distinguen ambos sistemas normativos / 80
 - 7.1. La tesis de Stammler / 80
 - 7.2. La tesis de Ihering / 80
 - 7.3. La tesis de Somló / 81
 - 7.4. La tesis de Recasens Siches/ 81
 - 7.5. La tesis de García Maynez / 82
- 8. Comparación con las normas morales y jurídicas / 82
 - 8.1. Unilateralidad bilateralidad/ 82
 - 8.2. Autonomía heteronomía/ 82
 - 8.3. Interioridad exterioridad / 83
 - 8.4. Coercibilidad incoercibilidad/ 83
 - 8.5. Tipos de sanciones / 83

4. LA ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICA / 85

- 1. Las normas jurídicas / 85
 - 1.1. Norma jurídica y proposición normativa / 85
- 2. Estructura lógico-formal de la norma jurídica / 86
 - 2.1. Hipótesis y disposición. Deber ser e imputación / 86
 - 2.1.1. Hipótesis o supuesto de hecho / 86
 - 2.1.2. Disposición o consecuencia jurídica / 87
 - 2.1.3. Nexo / 87
- 3. La norma jurídica como mandato u orden / 88
- 4. Reglas primarias y reglas secundarias/ 88
 - 4.1. Reglas primaria / 89
 - 4.2. Reglas secundarias / 90
- 5. Enunciados no normativos / 90
 - 5.1. Enunciados que prevén sanción para el caso de incumplimiento / 90
 - 5.2. Enunciados que obligan, prohíben, facultan o permiten realizar u omitir algo, sin disponer sanciones / 91
 - 5.3. Enunciados que no establecen ninguna conducta como obligatoria, prohibida, permitida o facultativa y que, por lo tanto, no son normas / 91
- 6. Normas y principios / 91
 - 6.1. Directrices políticas / 92
 - 6.2. Principios en sentido estricto / 92
- 7. Clasificación de las normas jurídicas según diferentes criterios / 92

- 7.1. Según el ámbito espacial de validez / 93
- 7.2. Según el ámbito temporal de validez / 93
- 7.3. Por su ámbito material de validez / 93
- 7.4. Por su ámbito personal de validez / 93
- 7.5. Por su imperatividad / 94
- 7.6. Por el contenido de lo normado / 94
- 7.7. Por sus fuentes / 95
- 7.8. Por los efectos de su violación / 95
- 8. La validez, la eficacia y la justicia de la norma jurídica / 96
 - 8.1. La validez de la norma jurídica / 96
 - 8.2. La eficacia de la norma jurídica / 97
 - 8.3. La justicia de la norma jurídica / 97
- 9. Independencia de los tres criterios / 97

5. CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES / 99

- 1. Concepto y denominaciones / 99
- 2. Hecho y acto jurídico / 100
 - 2.1. Hecho jurídico / 100
 - 2.2. Clasificación de los hechos jurídicos / 100
 - 2.3. Clasificación de los actos jurídicos / 103
- 3. La relación jurídica: elementos / 106
 - 3.1. El «negocio jurídico» / 107
 - 3.2. La situación jurídica / 108
- 4. Sujeto de derecho / 109
 - 4.1. Persona Humana / 109
 - 4.2. Persona jurídica / 110
- 5. El derecho subjetivo / 112
 - 5.1. Teoría de la voluntad / 113
 - 5.2. Teoría del interés / 113
 - 5.3. Teoría ecléctica / 114
 - 5.4. Teoría negativista / 114
 - 5.5. Teoría normativista / 114
- 6. Clasificación: derechos subjetivos públicos y privados / 115
 - 6.1. La defensa de los derechos. La acción procesal / 118
- 7. El deber jurídico. Conexiones con el derecho subjetivo / 118
- 8. La sanción / 119
 - 8.1. Propiedades necesarias de la sanción / 120
 - 8.2. Coacción / 120
 - 8.3. Clasificación de las sanciones / 120
 - 8.4. La pena / 121
 - 8.5. La sanción premial / 121

6. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO / 122

1. El ordenamiento jurídico. Concepto / 122
2. Norma y sistema de normas. Distinción de lo jurídico a partir del ordenamiento / 122
3. La concepción normativista / 124
 - 3.1. El orden jurídico y su gradación / 124
 - 3.2. La validez normativa / 125
 - 3.3. Relaciones de fundamentación-derivación / 125
 - 3.4. Creación y aplicación graduada del derecho. Relaciones / 126
 - 3.5. La «primera constitución» / 126
 - 3.6. La «norma fundamental». Enunciado y función / 126
 - 3.7. Conflictos entre normas / 127
4. Unidad, coherencia e integridad del ordenamiento jurídico / 129
5. El orden jurídico nacional e internacional / 130
 - 5.1. Monismo y dualismo / 131
 - 5.2. Pluralidad, tipos y relaciones entre ordenamientos / 132
6. Derecho objetivo. Derecho público y privado / 133
 - 6.1. Concepciones unificadoras / 133
 - 6.2. Criterios de distinción / 134
7. Las «ramas del derecho»: nociones elementales / 135

7. ÓRGANOS Y FORMAS DE PRODUCCIÓN NORMATIVA / 137

1. Las denominadas «fuentes del derecho» / 137
2. La Constitución Nacional como fundamento de la creación normativa / 139
3. Órganos de producción normativa/ 141
 - 3.1. Los órganos oficiales de producción normativa/ 141
 - 3.2. Los órganos particulares de producción normativa / 142
4. Formas de producción normativa / 143
 - 4.1. Formas oficiales de producción normativa/ 143
 - 4.2. Formas particulares de producción normativa / 145
5. La ley / 146
 - 5.1. Definición y caracteres / 146
 - 5.2. Procedimiento de creación legal / 147
 - 5.3. Comienzo de la obligatoriedad / 149
 - 5.4. Formas de invalidación: derogación y enervación / 150
6. Criterios de clasificación de las leyes/ 151
 - 6.1. La ley con relación al tiempo / 151
 - 6.2. La ley con relación al espacio / 152
7. Técnica jurídica. Elaboración de enunciados legales / 153
8. Codificación. Evolución del pensamiento codificador / 156
9. El decreto. Órgano y forma de producción / 157
10. Leyes provinciales. Disposiciones municipales / 159

8. ÓRGANOS Y FORMAS DE PRODUCCIÓN NORMATIVA (CONTINUACIÓN) / 160

1. Creación normativa judicial / 160
2. La sentencia / 162
3. La jurisprudencia / 162
 - 3.1. Técnicas para la unificación de jurisprudencia contradictoria / 164
 - 3.1.1. Recurso de casación / 165
 - 3.1.2. Recurso extraordinario / 166
 - 3.1.3. Fallos plenarios / 167
 - 3.2. Importancia de los precedentes en el derecho anglosajón / 168
4. El derecho consuetudinario / 169
 - 4.1. Caracteres / 169
 - 4.2. Clases de costumbre jurídica. Sus relaciones con la ley / 171
 - 4.2.1. Costumbre jurídica según la ley (secundum legem) / 172
 - 4.2.2. Costumbre jurídica supletoria (praeter legem) / 172
 - 4.2.3. Costumbre jurídica contraria a la ley (contra legem) / 173
 - 4.3. El papel de la costumbre jurídica en las principales ramas del derecho / 174
5. Sistema romanístico y common law / 175
6. Las convenciones colectivas de trabajo / 176
7. El negocio jurídico / 177
8. Ubicación de la doctrina en la creación del derecho / 178

9. APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS / 180

1. La actividad judicial / 180
2. Cuestiones fundamentales de la aplicación judicial / 182
 - 2.1. Determinación de los hechos y la norma aplicable/ 183
 - 2.2. Determinación de la vigencia y ámbito espacial de aplicación de la norma / 184
 - 2.2.1. La determinación temporal de la vigencia de la norma / 184
 - 2.2.2. La determinación del ámbito espacial de aplicación de la norma / 185
 - 2.3. Interpretación / 185
 - 2.4. Integración / 186
 - 2.5. Conflictos normativos / 187
 - 2.6. El silogismo jurídico / 187
3. La teoría de la argumentación jurídica / 191

10. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS / 194

1. Concepto / 194
2. Problemas lingüísticos / 195
 - 2.1. Las ambigüedades / 196
 - 2.2. Las imprecisiones / 197
 - 2.3. Las dificultades en la promulgación de las normas / 198
3. Problemas lógicos / 198
 - 3.1. Las contradicciones entre normas / 198
 - 3.2. Las redundancias normativas / 199
 - 3.3. Las lagunas en la ley / 199

- 4. Autores de la interpretación / 200
 - 4.1. La interpretación legislativa / 200
 - 4.2. La interpretación doctrinaria / 200
 - 4.3. La interpretación judicial / 201
- 5. Los diferentes resultados de la interpretación / 201
- 6. La intención subjetiva del legislador o el sentido lógico objetivo de la norma / 204
- 7. Criterios de interpretación / 205
 - 7.1. Escuela de la Exégesis/ 205
 - 7.2. Escuela Histórica / 207
 - 7.3. Escuela de la Jurisprudencia de Conceptos / 208
 - 7.4. Escuela de la Jurisprudencia de Intereses / 209
 - 7.5. Escuela de la Libre Investigación Científica / 210
- 8. El acto de voluntad para optar entre un marco de posibilidades / 211
- 9. La doctrina de la respuesta correcta / 214
 - 9.1. ¿Existe siempre una única respuesta correcta para cada caso dado? / 215
- 10. La cuestión en el derecho argentino / 217
 - 10.1. La interpretación constitucional / 219
- 11. La cuestión en el derecho argentino / 221

11. INTEGRACIÓN DEL DERECHO / 223

- 1. Concepto / 223
 - 1.1. Precisiones terminológicas/ 223
- 2. El dogma de la plenitud hermética del derecho / 224
 - 2.1. La doctrina de la Escuela de la Exégesis / 224
 - 2.2. La doctrina de Hans Kelsen / 224
 - 2.3. La doctrina de Giorgio del Vecchio / 226
 - 2.4. La integridad como propósito del legislador / 226
- 3. Las lagunas de la ley / 227
- 4. Procedimientos de integración / 228
 - 4.1. Heterointegración / 228
 - 4.2. Autointegración / 229
- 5. La analogía / 230
 - 5.1. La analogía y la interpretación extensiva / 231
 - 5.2. La analogía legis y la analogía iuris / 232
- 6. Los principios generales del derecho / 232
 - 6.1. Su caracterización desde las posiciones iusnaturalista y positivista / 234
- 7. La cuestión en el derecho argentino/ 235
 - 7.1. En materia civil/ 235
 - 7.2. En materia penal: el Principio de Legalidad / 236

12. LOS VALORES JURÍDICOS / 237

1. Introducción / 237
2. La justicia como virtud y como valor jurídico / 238
 - 2.1. La justicia como virtud moral / 238
 - 2.2. La justicia como valor / 239
3. El derecho injusto / 239
4. La justicia en el derecho. Su vinculación con la legitimidad del poder / 240
5. La concepción iusnaturalista de la justicia / 242
 - 5.1. El realismo clásico iusnaturalista / 242
 - 5.2. La justicia particular / 243
 - 5.2.1. La justicia conmutativa / 243
 - 5.2.2. La justicia distributiva / 244
 - 5.3. La justicia general o legal / 244
 - 5.4. El iusnaturalismo racionalista / 244
6. La concepción utilitarista de la justicia / 245
7. La concepción analítica de la justicia / 247
 - 7.1. Hans Kelsen / 247
 - 7.2. Alf Ross / 248
 - 7.3. Herbert L. A. Hart / 249
8. El aporte de John Rawls / 250
9. La justicia formal: la seguridad jurídica / 252
 - 9.1. La seguridad jurídica en su relación con el poder / 252
 - 9.2. La seguridad jurídica en el ordenamiento / 253
 - 9.3. La seguridad jurídica en relación con la sociedad / 253
10. Exigencias de la seguridad jurídica en el derecho argentino / 254
 - 10.1. La ignorancia de la ley y el error de derecho / 254
 - 10.2. La autoridad de la cosa juzgada / 254
 - 10.3. La irretroactividad de las leyes / 255
 - 10.4. Los derechos adquiridos / 255
 - 10.5. La prescripción / 256
 - 10.6. La preclusión / 256
11. La justicia material: libertad, igualdad y solidaridad / 257
 - 11.1. La libertad social, política y jurídica / 257
 - 11.2. La igualdad / 258
 - 11.3. La solidaridad / 258
12. Los derechos humanos / 259
 - 12.1. Su positivización y concreción en el Estado democrático / 260

ANEXO I . ACTIVIDADES / 264

Capítulo I / 264

Capítulo II / 266

Capítulo III / 268

Capítulo IV / 270

Capítulo V / 272

Capítulo VI / 273

Capítulo VII / 275

Capítulo VIII / 276

Capítulo IX / 277

Capítulo X / 278

Capítulo XI / 279

Capítulo XII / 280

ANEXO II . CUADROS / 282

Capítulo I / 282

Capítulo II / 286

Capítulo III / 288

Capítulo IV / 291

Capítulo V / 294

Capítulo VI / 298

Capítulo VII / 300

Capítulo VIII / 303

Capítulo IX / 305

Capítulo X / 307

Capítulo XI / 309

Capítulo XII / 311

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS / 314

Bibliografía general / 314

Bibliografía especial / 315

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

Esta es una obra que debía a los estudiantes. A ellos está destinada, así como a todos los que se propongan aproximarse a los estudios de derecho desde otras perspectivas científicas. Recopila y organiza diversos trabajos anteriores –dirigidos al dictado de cursos en forma presencial– y el material impreso que sirviera de soporte a la experiencia de educación a distancia que con favorable acogida realizara el año pasado, con la colaboración inestimable de la Profesora María Jesús Rodríguez Bertoni, adscripta a la cátedra que titularizo.

Dejando de lado la polémica acerca del grado de autonomía científica de una disciplina como Introducción al Derecho, cabe reconocer que su objeto de estudio e investigación proviene de diversos sectores del saber como suele ocurrir con las ciencias propedéuticas; de allí, que sea francamente necesario acotar su campo epistemológico y organizar los contenidos intentando no caer en un enciclopedismo estéril, u otros abordajes, como el exclusivamente filosófico, político o sociológico, que pueden desnaturalizar su objeto. Por ello, me he propuesto construir un sistema de conocimiento del derecho que permita lograr el fin pedagógico que se asigna a la materia en el currículum de la carrera, acorde con la modificación que se acaba de operar en el mismo; esto es, introducir a quien inicia sus estudios de derecho en la comprensión del complejo mundo jurídico, a través de una Teoría del Derecho que le facilite acceder a un satisfactorio caudal conceptual básico para explicar la más amplia variedad de fenómenos, capacitándolo para interrelacionar los conocimientos y construir esquemas cognoscitivos que posteriormente le permitan proseguir con menos dificultades los estudios de dogmática jurídica que constituyen el núcleo central de la carrera.

La perspectiva social e histórica no puede minimizarse si atendemos a la realidad del fenómeno jurídico, incardinado desde los orígenes en formas de vida de ineludible exploración. Ello no implica priorizar el tratamiento sociológico ni incorporar una información histórica exhaustiva de los hechos o del pensamiento jurídico, que pueda alejarnos del núcleo de la asignatura o ser obstáculo para la comprensión de esquemas elementales que en adelante serán herramienta necesaria para el futuro jurista.

Desde la filosofía se aborda el tema axiológico o Teoría de la Justicia para ingresar al fundamento valorativo del derecho, su justificación ética, procurando que el lector logre captar este aspecto integrativo de la juridicidad, que al proveerlo de un bagaje básico de conocimientos contribuya a acceder a una disciplina como Filosofía del Derecho con un aceptable nivel reflexivo y crítico.

El desenvolvimiento de los contenidos atiende a las distintas formulaciones que se originan en las variadas direcciones del pensamiento y las diversas concepciones de los especialistas, especialmente a las más actuales formas de presentación de los problemas, acude a la bibliografía pertinente, que se indica de manera general y especial, y evita las notas a pie de página, dada la índole del libro, incorporando en el texto en formato destacado aquellas citas estimadas más relevantes.

El plan de la obra –concebida como un manual– en su estructura presenta una sistematización sobre la base de títulos y subtítulos, divisiones y clasificaciones, que tiene el propósito de allanar la comprensión. Asimismo, los contenidos están desarrollados con igual intención, de un modo amplio y general, a veces somero, desde el enfoque del autor pero lanzado hacia un sentido pluralista que permita establecer demarcaciones conceptuales con referencia a otras perspectivas del conocimiento, expuestas a la absoluta libertad de elección del lector, propia de la actitud científica, para lo que es imprescindible la consulta a la bibliografía indicada.

El esquema seguido para el desarrollo de los contenidos se centra en cinco grandes temas. El primero, referido al concepto del derecho y su ubicación entre los demás sistemas normativos de la conducta social. El segundo, a los saberes jurídicos. El tercero, a la descripción de la norma jurídica y

su inserción en el sistema jurídico, así como a los conceptos fundamentales. El cuarto refiere a los órganos y formas de producción normativa y a los procesos de aplicación judicial de las normas jurídicas, en especial a los problemas de la interpretación y argumentación jurídica. Por fin, el quinto se ocupa de los valores jurídicos, la justicia formal y material en la conformación de la ética pública y la importancia de los derechos humanos en el estado democrático.

Se agrega un apéndice que contiene diez preguntas o actividades de evaluación (o auto evaluación) cuyas respuestas pueden encontrarse fácilmente en el texto, y otro que incorpora cuadros sinópticos correspondientes, en ambos casos, a los principales temas de cada capítulo.

Sencillamente, si se ha logrado claridad en los arduos contenidos de la disciplina y la obra es útil para acceder al heterogéneo mundo jurídico, el objetivo habrá sido alcanzado. En los destinatarios está la respuesta.

Dr. Eloy Emiliano Suárez

NOTA PRELIMINAR A LA SEGUNDA EDICIÓN

Esta nueva edición mantiene la estructura y objetivos que se indicaran en el Prólogo a la publicación original, en abril de 2002, y su reimpresión corregida, de mayo de 2004. Debido a la buena acogida de la obra, ante la propuesta editorial de reiterarla y con el aliento y generoso esfuerzo de la Profesora María Jesús Rodríguez Bertoni, emprendimos una nueva tarea de control, corrección y reformulación de algunos textos para su mejor comprensión.

He incorporado también, aunque en forma esquemática, referencias a expresiones del pensamiento jurídico de gravitación actual como la Teoría de la Argumentación Jurídica, la Teoría Crítica del Derecho y el denominado Neoconstitucionalismo. En materia de derechos humanos e interpretación constitucional se incluyen alusiones a la Ley 25.778, sancionada el 20 de agosto de 2003, que otorgó jerarquía constitucional a la «Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad», así como la Ley 26.379, sancionada el 21 de mayo de 2008, que aprueba el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

En el marco de la actividad jurídica de reconstrucción del estado democrático en materia de derechos humanos, se han incorporado nociones sobre la actividad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del año 2004, que viene posibilitando el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar que sufrió el país entre 1976 y 1983.

Asimismo, se incluyó un somero análisis de la Ley 24.747, reglamentaria del artículo 39 de la Constitución Nacional, que establece la «iniciativa popular» como instancia de presentación de un proyecto de ley ante el órgano legislativo para su discusión y eventual sanción.

El autor

NOTA PRELIMINAR A LA TERCERA EDICIÓN

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación por ley 26994, vigente desde el 1ro. de agosto de 2015, en reemplazo del Código Civil de 1869, instaló normativamente en nuestro país un modelo jurídico que venía anticipándose tiempo atrás mediante la actividad de juristas teóricos y prácticos que contribuyeron al desarrollo de la ciencia jurídica y la jurisprudencia, invaluable resultado de la labor de la judicatura argentina. Era necesario asumir legislativamente los profundos cambios culturales y, de modo especial, su adecuación a los principios de la Constitución Nacional, especialmente a la jerarquización constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos operada con la reforma de 1994.

Dicha reforma incorporó un nuevo contenido ideológico constitucional que añadió a los derechos y garantías existentes los emanados de los mencionados tratados, complementarios de aquéllos, configurando el «denominado bloque de constitucionalidad», que se caracteriza por la presencia y predominio de la Constitución como norma suprema efectivamente operativa y aplicable, perfilándose un modelo de Estado Constitucional de Derecho en oposición al Estado legalista o legislativo dominante en el Estado liberal decimonónico.

Tales transformaciones, al debilitar la imperante concepción legalista e individualista originaron la necesidad de consolidar un nuevo sistema de derecho civil coherente con las renovaciones normativas y los nuevos tiempos sociales, que se derramó con más o menos fuerza en la totalidad de las ramas y contenidos del derecho, tanto en sus enfoques prácticos como en los estudios teóricos.

Nuestra asignatura no fue ajena a los cambios. Si bien se mantienen los temas propios de una teoría del derecho, se tornó necesaria su adaptación a los principios y valores constitucionales ratificados en los nuevos cuerpos normativos, así como se puso en evidencia la necesidad de reescribir aquellas referencias al articulado civilista, empleadas como ejemplos, que no sólo cambiaron su ubicación en el sistema sino que resignificaron sus contenidos en el marco de las exigencias y necesidades sociales y su mejor adecuación a los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho. A título de ejemplo mencionemos las modificaciones relacionadas con las fuentes del derecho, su aplicación, los criterios de interpretación, concernientes a la Teoría de la Argumentación, de imprescindible tratamiento en nuestra disciplina, que ponen de manifiesto la magnitud del cambio.

La tercera edición de éste libro tiene el propósito de actualizar los conocimientos en orden a lo expuesto, manteniendo un criterio didáctico y su estructura de manual dedicado a quienes se inician en los estudios del derecho. Son los estudiantes quienes propiciaron la actividad, así como los docentes que nos acompañan en la cátedra, cuyos valiosos aportes me han alentado y a quienes tanto agradezco.

El autor

1 El concepto del derecho

1. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

En un sencillo acercamiento al saber que nos proponemos alcanzar, ante interrogantes como ¿qué es el derecho? cualquier persona con cierta instrucción respondería sobre la base de su propia experiencia dado que es evidente que el derecho se nos aparece como un hecho o fenómeno social; como algo que vivimos cotidianamente, que se vincula estrechamente a nuestra interacción social, que es inherente a nuestra sociabilidad.

Si insistiéramos en preguntar acerca de manifestaciones concretas que podríamos relacionar con el derecho, seguramente se obtendrían –a veces intuitivamente– algunas respuestas como las siguientes:

- a) La *ley*, para referir a reglas que nos protegen según sea nuestro comportamiento, nos imponen ciertas conductas o nos obligan a realizar otras bajo la amenaza de una posible sanción.
- b) El *legislador*, como la autoridad u órgano de creación de la ley.
- c) Ciertos *funcionarios públicos*, por ejemplo, el Presidente, los gobernadores, funcionarios policiales, jefes de registros, de oficinas, etc., como autoridades que tienen el deber de ejecutar aquellas reglas.
- d) El *juez*, como la autoridad u órgano que resuelve conflictos en caso de transgresiones a la ley y eventualmente impone una posible sanción.
- e) Nuestras *conductas*, y las de las demás personas con quienes nos relacionamos intersubjetivamente, en cuanto refieran a las reglas mencionadas precedentemente.
- f) La libertad, la igualdad, el orden social, la seguridad, la paz, la justicia, la solidaridad, como *valores sociales* que la comunidad se propone alcanzar mediante aquellas reglas y las conductas consecuentes.

Como puede percibirse fácilmente, las respuestas nos ubican frente a una realidad heterogénea y compleja, difícil de abarcar en su totalidad en una escueta definición.

Aun cuando el derecho pueda definirse, e inclusive a primera vista parezca más conveniente encapsular su riqueza en una fórmula, consideramos de acuerdo con la propuesta de Atienza que resulta más interesante acercarnos

al concepto del derecho especificando su significación y la de otros términos íntimamente vinculados. Como afirma el autor mencionado:

El término «Derecho» tiene una significación tan rica que tratar de expresarla mediante un definiens lo bastante breve como para que tenga sentido seguir hablando de definición, puede verse como una simplificación excesiva que oculta más problemas que los que ilumina. En consecuencia, lo que vamos a intentar a partir de ahora no será tanto establecer una definición de 'Derecho' como especificar y aclarar su significado, poniendo en correlación –es decir, analizando las semejanzas y diferencias de– este concepto con otros que tienen un área de significado próxima y, en parte, superpuesta: norma, coacción, Estado, ideología, conflicto, consenso, relación social, moral... (Manuel Atienza: Introducción al Derecho, Barcanova, Temas Universitarios, pág. 10).

2. DIVERSAS ACEPCIONES Y USO DE LA PALABRA DERECHO. CARÁCTER ANALÓGICO DEL TÉRMINO

Una de las varias dificultades con que casi inevitablemente se encuentran los juristas que se proponen definir al derecho tiene su origen en que el término derecho, como casi la mayoría de las palabras, presenta la característica semántica de la ambigüedad. Es decir, puede ser usado en el lenguaje corriente en varios sentidos o significados. Término ambiguo es el susceptible de adquirir diversos significados diferenciables según el contexto en que se use.

La palabra derecho, entonces, es un término ambiguo en el sentido que puede usarse con diferentes significados. No es equívoco como, por ejemplo, la palabra «banco», que podemos utilizar indistintamente para referirnos a una institución crediticia o a un lugar para sentarnos en una plaza. Se trata de una clase de ambigüedad particular, ya que esos diferentes significados que asignamos a la palabra guardan cierta relación entre sí, son más bien aspectos o perspectivas de una misma cosa. De allí el carácter analógico del término.

A los diferentes significados que tiene la palabra derecho los llamaremos acepciones. Haremos referencia a cuatro acepciones que tienen una más estricta relación con nuestra disciplina, sin perjuicio de que existen otras que tienen menos relevancia para nuestro estudio y de las que prescindiremos. Verificaremos, también, que del contexto de cada enunciado es posible descubrir la acepción en uso.

2.1. Derecho como norma (sentido objetivo)

Hablamos de derecho en este sentido para hacer referencia al derecho objetivo, al conjunto o sistema de reglas que señala a la población de un Estado formas de comportamiento. Empleamos el término como sinónimo de ordenamiento jurídico o conjunto de normas jurídicas.

El derecho objetivo está predominantemente constituido por una serie de disposiciones que de alguna manera limitan y a la vez protegen la libertad individual; normas y principios que rigen la convivencia humana, que procuran y garantizan una coexistencia pacífica entre los hombres.

Podemos en este sentido usar el término derecho aludiendo a una norma singular de un determinado sistema jurídico, a todo el derecho de un Estado, a una rama en particular, o incluso a un derecho supraestatal (como son las normas de derecho internacional que surgen de los acuerdos regionales o de países). Veamos unos ejemplos:

- En el Derecho Penal argentino ningún delito es sancionado con pena de muerte.
- El Derecho del Mercosur aún se encuentra en elaboración.

Obsérvese que en los ejemplos anteriores la palabra «derecho» puede ser sustituida por la palabra «normas»:

En las normas penales argentinas ningún delito es sancionado con pena de muerte. Las normas del Mercosur aún se encuentran en elaboración.

2.2. Derecho como facultad (sentido subjetivo)

Utilizamos la palabra derecho también como sinónimo de facultad. Refiere al derecho como facultad de obrar, de hacer algo respaldado por el poder del Estado. Asimismo, a la facultad de una persona para exigir de otra el cumplimiento de un determinado deber y, en caso de incumplimiento, reclamar una sanción contra el responsable en virtud de una norma jurídica que regula el caso. También refiere a la facultad de exigir de las otras personas el cumplimiento de los deberes genéricos de respetar nuestros derechos, como por ejemplo la vida, la libertad, la propiedad, etc., en virtud de normas jurídicas específicas que prevén sanciones para quienes no cumplen con el deber de abstenerse de perturbarlos o perjudicarlos. Veamos unos ejemplos:

- El empleado despedido sin causa justa tiene derecho a una indemnización. Tengo derecho a transitar libremente por mi país.

Obsérvese que en los ejemplos anteriores la palabra «derecho» puede ser sustituida por la palabra «facultad»:

- El empleado despedido sin causa justa tiene la facultad de reclamar una indemnización. Tengo la facultad de transitar libremente por mi país.

2.3. Derecho como saber científico

Se emplea también la palabra derecho para aludir a la ciencia del derecho, que también podemos denominar ciencia jurídica, que es «la disciplina que tiene por objeto el estudio o investigación sobre el derecho vigente en un momento y lugar determinados». Como se verá en el capítulo siguiente, la ciencia jurídica (Dogmática Jurídica) se limita a conocer el derecho vigente y a exponer el contenido de un orden jurídico determinado, circunscribiéndose a una rama en particular del derecho nacional (civil, comercial, penal, etc.).

Pero la ciencia del derecho no se ocupa únicamente del derecho plasmado en la ley sino que estudia el fenómeno jurídico en todas sus manifestaciones y momentos. Su objeto de estudio es el derecho. Hay otras disciplinas que se ocupan en alguna medida del derecho (como la Sociología Jurídica, por ejemplo), a las que nos referiremos en el próximo capítulo. Veamos unos ejemplos:

- El objeto de estudio del derecho es aún hoy polémico. Estoy estudiando derecho.

Obsérvese que en los ejemplos anteriores la palabra «derecho» puede ser sustituida por las palabras «ciencia jurídica»:

- El objeto de estudio de la ciencia jurídica es aún hoy polémico. Estoy estudiando ciencia jurídica.

2.4. Derecho como ideal de justicia

También se emplea la palabra derecho en un sentido axiológico, es decir, con referencia al valor jurídico supremo o armonizador que es la justicia. Se utiliza como sinónimo de justicia, de lo justo. Derecho en esta acepción refiere a una valoración de lo que debería ser el derecho, a su justificación, y generalmente se usa para protestar de una realidad jurídica dada. Veamos unos ejemplos:

- No hay derecho a que miles de personas mueran de hambre en el mundo y no hagamos lo suficiente para impedirlo.
- La ONU lucha por la realización del derecho en todos los pueblos.

Obsérvese que en los ejemplos anteriores la palabra «derecho» puede ser sustituida por la palabra «justicia» o «justo»:

- No es justo que miles de personas mueran de hambre en el mundo y no hagamos lo suficiente para impedirlo.
- La ONU lucha por la realización de la justicia en todos los pueblos.

3. DIFERENTES PERSPECTIVAS DESDE DONDE PUEDE DEFINIRSE EL DERECHO

Luego de analizar las cuatro acepciones, podemos ahora profundizar nuestro intento de acercarnos al concepto del derecho siguiendo la exposición de Atienza, advirtiendo que la pregunta ¿qué es el derecho? puede responderse de diferentes maneras según sea la perspectiva o el punto de vista desde donde se ubique quien se proponga responderla. El autor citado lo explica claramente.

Tomemos tres conceptos clásicos de derecho. El de Santo Tomás: Derecho (ley) es ordenación de la razón, encaminada al bien común. El de Marx: el Derecho (y el Estado) es un instrumento de dominación de una clase sobre otra. Y el de Kelsen: el Derecho es un conjunto de normas coactivas. No cabe duda de que entre estos tres autores hay diferencias ideológicas e históricas más que suficientes para explicar que no hayan partido de la misma idea de lo que sea el derecho. Pero hay algo más, y es que las diferencias son realmente tan notables (al menos en principio) que ni siquiera se tiene la impresión de que estén hablando de lo mismo. Dicho de otra forma, existe también una diferencia de perspectiva que interesa ahora resaltar: mientras que la definición de Kelsen aborda la cuestión de cómo está estructurado el Derecho, la de Marx incidiría sobre el problema de para qué sirve el Derecho, cuál es su función en la sociedad, y la de Santo Tomás parecería contestar más bien a la pregunta de cómo debería ser el Derecho o de cuándo un Derecho es justo.

En otras palabras, uno de los problemas que plantea el concepto de Derecho es que preguntar qué es el Derecho –y no sólo la expresión «Derecho»– es algo sumamente ambiguo, en cuanto abarca al menos tres cuestiones distintas de las que conviene tener conciencia, aunque es dudoso que se puedan separar del todo en el análisis. En cualquier caso, no parece que se pueda encontrar una única respuesta para preguntas distintas, y también por este motivo una definición o un concepto de lo que sea el Derecho (cualquiera de los tres u otros semejantes) aparecerían siempre como insatisfactorios (Manuel Atienza: op. cit., pág. 47).

El texto citado presenta tres perspectivas teóricas desde donde puede definirse el derecho: estructural, funcional y valorativa. Pero es posible desde un enfoque más actual, añadir una cuarta: la perspectiva argumentativa, «que consiste en considerar al derecho como un intento, una técnica, para la solución de problemas prácticos...una visión eminentemente instrumental, pragmática y dinámica del Derecho que presupone, utiliza y en cierto modo, da sentido a las anteriores perspectivas teóricas y que conduce, en definitiva, a considerar el Derecho como argumentación» (Atienza, 1997).

3.1. Perspectiva estructural

Quien define al derecho desde este punto de vista aborda la cuestión de cómo está estructurado el derecho. Se pregunta:

- ¿Cuál es la estructura del derecho?
- ¿Cuáles son sus componentes o elementos?
- ¿Qué relación guardan sus elementos entre sí?

Un clásico ejemplo de un concepto del derecho desde este punto de vista es el de Hans Kelsen, para quien «el derecho es un conjunto de normas coactivas».

Vemos cómo la preocupación central del mencionado autor al abordar el tema es destacar los elementos estructurales que configuran al derecho a partir de las normas jurídicas coactivas y su integración en un sistema normativo.

Este enfoque da lugar al denominado Normativismo Jurídico o Teoría Normativista propuesta por Kelsen, de gran repercusión en los estudios del derecho, que luego analizaremos con mayor profundidad.

3.2. Perspectiva funcional

La función que cumple el derecho en la sociedad es otra de las perspectivas desde donde puede definírsele. Es más propio o característico de los enfoques sociológicos o de filosofía social. Quien lo define desde este punto de vista se pregunta:

- ¿Cuál es la función que cumple el derecho en la sociedad?
- ¿Cuál es la funcionalidad de ese conjunto de enunciados que conforman su estructura dentro de la sociedad en la que rigen?
- ¿Para qué sirve el derecho?

Podría definirse desde esta perspectiva, sobre la base de las ideas de Max Weber, afirmando que «el derecho es un sistema de control social, que opera como un mecanismo por el cual se consigue y mantiene el orden social en virtud de impedir conflictos o, en su caso, resolverlos».

Como más adelante veremos, no todas las posturas consideran al derecho como un factor positivo para la sociedad. A partir de la teoría marxista, atendiendo también a la función, es posible definir al derecho afirmando que es un instrumento de dominación de una clase social sobre otra (función de dominación), al tiempo que enmascara el hecho de la explotación capitalista (función ideológica).

Como se advierte, el derecho es, en la visión de Marx, un factor netamente negativo para la sociedad; de allí la necesidad de su desaparición al alcanzarse en grado máximo el socialismo al que aspira (comunismo).

3.3. Perspectiva valorativa

Finalmente, la perspectiva valorativa es otro de los puntos de vista desde donde se puede definir al derecho y quien lo define desde esta óptica expresa su preocupación por el derecho ideal. Lo hace respondiendo a las preguntas:

—¿Cómo debería ser el derecho?

—¿Cuándo el derecho es justo?

Quien se ubica en esta perspectiva se sitúa como un crítico frente al derecho en general y se propone definir lo que entiende que es un derecho modelo.

Este enfoque se identifica más con una concepción iusnaturalista. Un concepto de este tipo es el de Santo Tomás de Aquino:

El derecho es la ordenación de la razón encaminada al bien común, promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad.

3.4. Perspectiva argumentativa

Como lo anticipamos, además de situarnos en el punto de vista de la estructura y composición del derecho (perspectiva estructural), de la función que cumple en la sociedad (perspectiva funcional) y de su fundamento en la justicia y demás valores (perspectiva valorativa), es posible destacar un cuarto enfoque, la perspectiva argumentativa, que pone en evidencia un aspecto fundamental del derecho del que no da cuenta ninguna de las perspectivas anteriores. Podría decirse que esta cuarta dimensión aparece como consecuencia de un cambio en nuestros sistemas jurídicos provocado, principalmente, por dos factores.

Por un lado, la irrupción de la idea y concreción positiva de los derechos humanos, incorporados a las constituciones y tratados internacionales, ha provocado modificaciones en la concepción del poder del juez, que debe valorar los derechos desde el prisma de las normas fundamentales. Se trata del denominado paso de un Estado legalista a un Estado constitucional, en el que se asigna a la constitución un valor central y operativo en relación a las restantes normas del sistema jurídico.

En tal contexto es lógico que el juez se concentre en el control de constitucionalidad de las mismas, tarea que supone un incremento en el fundamento argumentativo de sus decisiones con el objetivo de justificarlas debidamente y someterlas al control de la comunidad.

Por otro lado, y en relación con lo anterior, el denominado giro argumentativo implica considerar al derecho como un cuerpo de normas ordenadas y jerarquizadas, que tienen un componente valorativo, por cuanto están

destinadas a lograr fines y realizar valores en un ámbito de reconocimiento de derechos fundamentales.

Esta situación exige una práctica jurídica en los momentos de creación y aplicación normativa cuyo objetivo es resolver problemas y conflictos jurídicos razonando argumentativamente. Es precisamente éste el núcleo de la formación del jurista, quien debe ser capaz de proceder de tal modo, no bastando conocer las normas sino aplicarlas racionalmente al encarar las diversas situaciones en la práctica jurídica.

4. EL DERECHO COMO UN CONJUNTO DE NORMAS DE CONDUCTA

Entre las diferentes perspectivas desde donde puede definirse al derecho, nos situamos ahora en la perspectiva estructural, ya que vamos a aludir a la estructura, conformación e integración del derecho.

Hemos visto que, desde una postura normativista, Hans Kelsen concibe al derecho como un conjunto de normas coactivas. Para hacer una aproximación al tema comenzamos con esta afirmación: el derecho está integrado por normas. Pero,

4.1. ¿Qué son las normas?

Según señala Eduardo García Maynez en su obra *Introducción al Estudio del Derecho* la palabra norma suele usarse en dos sentidos: uno amplio, aplicable a toda regla de comportamiento, obligatoria o no, toda regla que rige la conducta humana; y uno estricto que corresponde a la que impone deberes y confiere derechos.

Cuando hablamos de «normas de conducta» nos estamos refiriendo a la norma en sentido amplio a que refiere García Maynez. Es decir, la conducta humana está regida por diferentes órdenes, a saber: la moral, la religión, los usos o convencionalismos sociales y el derecho. Cada uno de estos órdenes posee sus propias normas a las que llamamos «normas de conducta», cada una con características especiales.

Mientras, las normas en sentido estricto que menciona el citado autor son un tipo de aquellas normas de conducta: las normas jurídicas.

Determinados ambos ámbitos diremos que las normas de conducta, en general, son aquellas reglas que están destinadas directamente a provocar ciertos comportamientos en los individuos, seres libres que pueden optar entre violarlas u obedecerlas. Como veremos con más detalle en el Capítulo III, cada una de ellas posee características propias que permiten distinguir los distintos tipos de normas de conducta entre sí. Las normas jurídicas en

especial, como veremos detalladamente en el Capítulo IV, son enunciados del lenguaje: escritos (por ejemplo, ley) o no escritos (por ejemplo, costumbre jurídica), provenientes de diferentes fuentes: legal (ley), consuetudinaria (costumbre jurídica), jurisprudencial (sentencias) o negocial (contrato); generales (destinadas a regular el comportamiento de un número indeterminado de casos) o individuales (destinadas a regular un caso concreto); heterónomas, bilaterales, coercibles, externas, con sanción institucionalizada, etc.

4.2. La noción de norma a partir del análisis del lenguaje

Como señala Atienza, el lenguaje posee diferentes usos y funciones desde cuyo análisis proponemos abordar la noción de norma.

Las diferentes funciones lingüísticas son las siguientes:

- Función informativa o descriptiva: el lenguaje se utiliza para transmitir información, ya sea verdadera o falsa. Por ejemplo: «Hoy es un día lluvioso».
- Función emotiva o expresiva: el lenguaje se emplea para expresar o generar emociones o sentimientos. Por ejemplo: «Ojalá que mañana sea un día soleado».
- Función interrogativa: el lenguaje se emplea para formular preguntas o requerir información. Por ejemplo: «¿Cuál fue la temperatura máxima en el día de hoy?».
- Función operativa o ejecutiva: decir algo implica también hacer algo, en el mismo momento. Por ejemplo: «Yo te bautizo en el nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo...» (dicho por el sacerdote en ocasión de celebrar el sacramento del Bautismo).
- Función directiva: el lenguaje se utiliza con la intención de influir o provocar un determinado comportamiento en los demás. Por ejemplo: «Debes bautizar a tu hijo».

Las directivas pueden tener diferente fuerza según se trate de una invitación, un consejo, una sugerencia, un ruego, un pedido, un mandato, una orden, etc.

Esta última es precisamente la función que nos interesa ya que, desde este análisis, las normas en sentido amplio, es decir, todas las normas de conducta, son normas directivas. Como ya lo referimos, son enunciados que tratan de influir en el comportamiento de sus destinatarios, o más bien, provocar en ellos una determinada conducta. Y dentro de las diferentes clases de directivas, son una categoría especial a las que se las suele llamar, por ser las más fuertes, prescripciones.

Por consiguiente, si pretendemos llegar a la noción de norma a partir del análisis del lenguaje, desde la distinción de las funciones de éste, las normas de conducta son prescripciones que utilizan el lenguaje con una función directiva, es decir, para provocar un determinado comportamiento en el destinatario.

Y por ser enunciados del lenguaje, las normas participan, desde luego, de las características y problemas del lenguaje, siendo posible un análisis sintáctico de ellas, esto es, el estudio de cómo están estructuradas, cuáles son los elementos que las componen y cómo se relacionan estos elementos entre sí.

El análisis sintáctico o de la estructura de la norma nos va a permitir, entre otras cosas, distinguir los distintos tipos de normas entre sí.

4.3. Los elementos de las normas según von Wright

Citado por Manuel Atienza, G. H. von Wright ha distinguido los elementos que tienen las prescripciones, análisis que, por supuesto, es de utilidad para las normas de conducta de nuestro interés: las normas morales, las normas religiosas, las reglas de trato social y las normas jurídicas.

Expondremos entonces los ocho elementos que componen las prescripciones según von Wright:

- El carácter: las normas pueden ser caracterizadas como obligatorias, prohibitivas, permisivas o facultativas según lo sea la conducta contenida en su enunciado.
- El contenido: precisamente es la acción o conducta afectada por dicho carácter, es decir, el contenido es la acción: obligatoria, prohibida, permitida, etc.
- Las condiciones de aplicación: son las circunstancias que deben darse para que sea posible realizar el contenido de la norma. Si las circunstancias sólo surgen del contenido de la norma, la norma es categórica, si hay otras circunstancias adicionales, la norma es hipotética.
- La autoridad: es quien emite la norma.
- El/los sujeto/s normativo/s: son los destinatarios de la norma, aquellos a quienes va dirigida.
- La ocasión: es la localización en tiempo y espacio en que debe cumplirse el contenido de la norma.
- La promulgación: es la formulación, la expresión, la manifestación de la norma en algún lenguaje. Este es el elemento que hace posible que la norma pueda ser conocida.
- La sanción: consiste en la amenaza de un perjuicio que sufrirá aquel que incumpla con el contenido de la norma.

Si tomamos como ejemplo cualquier norma de conducta, podremos identificar en ella sus elementos, los que, a su vez, contribuyen a diferenciar unas normas de otras. Pero hay uno de estos elementos que es el que establece la diferencia más clara entre las normas jurídicas con el resto de las prescripciones, y es la sanción. Sólo en aquéllas la sanción está institucionalizada y es de carácter externo.

A modo de ejemplo tomemos una norma penal: art. 83 del Código Penal: «Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que instigare a otro al suicidio o le ayude a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado».

El carácter de la norma consiste en una prohibición; el contenido (la acción prohibida) consiste en instigar a otra persona al suicidio o ayudarla a cometerlo; la condición de aplicación es la que está especificada en el enunciado de la norma, la que surge del mismo contenido, cual es que una persona instigue a otra el suicidio o la ayude a cometerlo. Podría pensarse que se trata de una norma categórica, pero no es así porque las normas jurídicas son siempre hipotéticas ya que, para su aplicación, necesitan de otras condiciones especiales, como, en este caso, las del art. 34 del Código Penal, que requieren, por ejemplo, que el sujeto activo del delito sea una persona imputable, no un menor o insano, etc.

La autoridad es el Poder Legislativo, el Congreso Nacional; los sujetos normativos son la generalidad de los individuos imputables y los jueces que deben aplicar la sanción; la ocasión espacial es todo el territorio del Estado argentino y la ocasión temporal es que la norma rige después de los ocho días de su publicación o desde que ella lo determine (art. 5 del Código Civil y Comercial de la Nación) y hasta que sea derogada; la promulgación fue realizada mediante un lenguaje escrito y según las formalidades establecidas en la Constitución Nacional para la formación de las leyes; la sanción fijada abstractamente en la norma es la prisión de uno a cuatro años.

Así puede tomarse cualquier norma de conducta e identificar en ella cada uno de sus elementos y, a partir de allí, proceder a su distinción, tarea que trataremos en particular en el Capítulo III.

4.4. El derecho: ¿es un conjunto de normas de conducta?

Desde la perspectiva estructural, en la indagación sobre la composición del derecho y respondiendo a la cuestión de cómo está integrado, mencionamos a Hans Kelsen quien, como vimos, define al derecho como un «conjunto de normas coactivas». Para este autor, norma jurídica es aquella que prevé sanción para el caso de incumplimiento, es decir, norma jurídica es norma coactiva, por lo tanto, los elementos que componen la estructura del derecho son las normas con sanción.

Este punto de vista ha recibido distintos tipos de objeciones por otros autores, aun dentro del positivismo, que desarrollaremos más ampliamente en el Capítulo IV.

Señalamos, por ahora, que para Kelsen esas normas coactivas constituyen un conjunto organizado bajo ciertas relaciones que podemos denominar sistema jurídico.

5. DERECHO Y ESTADO

No es posible abordar satisfactoriamente el concepto del derecho sin analizar el de Estado, dada la necesaria vinculación existente entre los mismos.

Para hablar de Estado debemos necesariamente hablar de sociedad, ya que el Estado es una forma de sociedad, que si bien no es la única, sí es el vínculo social más importante y más sólido. De modo que puede decirse que la sociedad es el género y el Estado es una especie de ésta.

Como refiere Giorgio del Vecchio, el concepto de sociedad es un concepto decididamente amplio, es decir, comprende toda clase de vínculos. Sociedad, para el citado autor, es un hecho natural motivado por la necesidad del hombre de asociarse; es un complejo de relaciones por las cuales varios seres individuales viven y obran conjuntamente, formando una nueva y superior unidad.

Entre los diferentes vínculos que existen en la sociedad, el vínculo jurídico, por el cual los individuos se constituyen en Estado, es el vínculo social más fuerte e importante ya que de alguna manera determina más precisamente las relaciones de convivencia.

5.1. Elementos del Estado

Para el citado autor, los elementos que componen el Estado son tres: dos de carácter material, la población y el territorio, y uno de carácter formal, el vínculo jurídico.

La población es la totalidad de personas que habitan el territorio del Estado, hayan o no nacido en él, que se encuentran bajo la dirección de un gobierno o poder. No es necesario que la población de un Estado constituya una nación, ni que presente homogeneidad racial, cultural, religiosa, etc.

El territorio es la parte del universo (terrestre, acuática y aérea) en la que reside la población y dentro de la que se ejerce el poder del Estado.

El territorio circunscribe el ámbito del poder estatal de dos formas: negativamente, excluyendo de su área el ejercicio de todo poder político extranjero y, positivamente, sometiendo a jurisdicción del Estado a las personas y a los bienes que se encuentran en el mismo territorio o que, fuera de éste, tengan conexión con él.

El vínculo jurídico es el elemento más importante por ser el que verdaderamente da forma carácter propio al Estado.

Todos los individuos de un Estado están coligados (vinculados) por una serie de derechos y deberes recíprocos determinados por un poder supremo unitario, que es cabalmente el sujeto del orden jurídico (Giorgio del Vecchio: *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1974, pág. 431).

Ese conjunto de derechos y deberes a los que deben someterse los individuos emana del Estado y es el mismo Estado el que ejerce el poder supremo (soberanía) a través de ciertos órganos con diferentes funciones. La noción de soberanía es correlativa a la de Estado.

La soberanía puede considerarse desde un aspecto externo o interno. Externamente un Estado es soberano cuando no tiene dependencia de otro poder. Desde el punto de vista interno la soberanía del Estado se manifiesta en el *imperium* sobre el territorio y sobre la población, estando esta última en una situación de subordinación respecto del ordenamiento jurídico que el Estado genera y garantiza.

La soberanía que el Estado ejerce internamente tiene su origen en el pueblo, es éste quien se somete voluntariamente al poder, que a su vez actúa reconociendo y garantizando los derechos individuales y sociales de todos, idea que tiene origen en las teorías liberales del contrato social.

5.2. ¿Qué es el Estado?

Numerosas han sido las definiciones que se han dado de este complejo fenómeno. Tal como estamos haciendo respecto del derecho, trataremos de abordar su concepto sobre la base de la significación que modernamente se asigna al término, estableciendo sus principales características. En tal sentido, podemos afirmar que el Estado es una forma de organización política que dispone de un orden jurídico en el que se establecen sus órganos y las competencias de éstos para la producción y aplicación de normas, detentando el monopolio de la fuerza pública para respaldarlas en caso de que sean incumplidas.

Ubicándonos en el Estado moderno (como organización política que concentra y monopoliza el poder político), en su conceptualización estamos implicando necesariamente la noción de derecho en cuanto conjunto de normas que emanan de éste, quien a su vez vela por su cumplimiento.

Como refiere Atienza, citando a Bueno, los conceptos de Estado y Derecho son «conceptos conjugados», en el sentido de que se implican mutuamente, «no pueden comprenderse el uno separado del otro», porque el derecho es un conjunto de normas emanadas del Estado, normas de conductas dirigidas a la población y normas instrumentales de organización del poder, cuya eficacia y validez el Estado asegura, al mismo tiempo que se encuentra sometido a las mismas.

También el Estado es un centro de autoridad que dispone del poder coactivo para hacer cumplir las normas, característica que nos conduce a analizar las relaciones del derecho con el poder y la fuerza.

6. DERECHO Y PODER

6.1. Diferentes tipos de poder

Manuel Atienza define en forma amplia el poder como «la producción de efectos buscados», y cita a Norberto Bobbio para distinguir dos tipos fundamentales de poder:

Poder sobre la naturaleza: Es el poder, científico o técnico, para modificar, utilizar o explotar los recursos naturales.

Poder sobre los demás hombres: Es el poder social, la capacidad de influir en el comportamiento de los demás. Dentro de este segundo grupo se distinguen tres modalidades:

- Poder económico: es el que detentan quienes tienen la posesión de ciertos bienes o recursos escasos, como los bienes de producción.
- Poder ideológico: es el poder ejercido a través de las ideas.
- Poder político: es el que se detenta como consecuencia de la posesión de los instrumentos necesarios para ejercer la fuerza física. Es éste el poder coactivo que en las sociedades actuales está monopolizado en el Estado.

6.2. El poder coactivo como monopolio del Estado

El poder político es el que caracteriza al Estado, sin perjuicio de que también ejerce los otros dos tipos de poder social. Pero la posibilidad del uso legítimo de la coacción sólo pertenece al Estado en las sociedades modernas. Es el único que posee los medios coactivos para hacer cumplir las normas jurídicas o sancionar a quienes las incumplan por medio de los órganos a los que la Constitución asigna esta función. La misma se encuentra limitada por la regulación jurídica, a la que los órganos están sometidos, siendo ésta una de las características del Estado de Derecho.

6.3. Relaciones entre poder y derecho

Como señala Atienza, «si existe derecho es porque existe la posibilidad de su imposición coactiva (por medio de la fuerza), a los individuos que se desvían de las normas». De modo que el poder, repitamos, es la posibilidad de imponer el cumplimiento forzado de las disposiciones comprendidas en las normas jurídicas y las sanciones en ellas establecidas, en caso de existir una conducta antijurídica.

Partiendo de esta afirmación, está claro que si nos preguntamos por la relación que existe entre derecho y poder deberemos afirmar que guardan una relación estrecha y fundamental en el sentido de que el derecho, sin el poder

de hacer efectivas sus normas, no tendría razón de ser, puesto que ellas se violarían sin remedio.

Poder y derecho aparecen así como las dos caras de una misma moneda. No pueden separarse porque el poder asegura la eficacia y la validez del orden jurídico, a la vez que el derecho organiza el poder del Estado y mediante la Constitución limita su ejercicio, separándolo en distintas funciones (ejecutiva, legislativa y judicial) para lograr el equilibrio y control recíproco, al mismo tiempo que para asegurar y garantizar los derechos de los ciudadanos.

Esta integración entre derecho y poder no es neutra al valor en las sociedades democráticas, sino que se basa necesariamente en la legitimidad del poder (de origen y de ejercicio) y en la justicia del derecho, exigencias axiológicas a las que nos referiremos nuevamente en el Capítulo XII.

7. DERECHO Y FUERZA

Vimos que el derecho acude al poder para imponer el cumplimiento forzado de sus disposiciones y para ejecutar las sanciones aplicables a quienes se desvían de sus normas. Dijimos también que no se puede pensar un ordenamiento jurídico sin poder coercitivo, que es el poder para hacer cumplir, aun por medio de la fuerza física, las normas que integran dicho ordenamiento.

Creemos con Bobbio que es preciso no confundir el poder con la fuerza para no caer en el error de reducir el derecho a la fuerza.

La fuerza es un instrumento que el poder necesita, pero no es su fundamento, el poder no está fundamentado ni justificado en la fuerza. El poder que concierne al derecho no está sostenido sólo por la fuerza, ésta es un instrumento del que se vale aquél para ejercer, pero no reposa sólo en ella, sino también en el consenso general.

Sostener que el derecho no sería posible sin el poder de hacer cumplir sus disposiciones por la fuerza no significa que el derecho se reduzca a la fuerza, sino simplemente que la fuerza es necesaria para la realización del derecho, como también es necesario el consenso, porque es difícil pensar un ordenamiento jurídico que repose sólo en la fuerza; aunque, según Bobbio, es perfectamente posible imaginar un poder que repose exclusivamente en el consentimiento.

La conexión entre derecho y fuerza puede entenderse viendo a la fuerza como un medio para realizar el derecho, apareciendo éste como un conjunto de normas que se vale de la fuerza para garantizar su cumplimiento (Ihering, Austin). Pero también puede entenderse (como lo hacen Ross o Kelsen, por ejemplo) como un conjunto de normas que regula el uso de la fuerza, entendida no como medio sino como el contenido de las normas jurídicas. Como refiere Atienza, en el primer caso la relación entre derecho y fuerza está dada

por una conexión de tipo externo, mientras que en el segundo la conexión es de tipo interno.

Pero no siempre el derecho necesita de la fuerza. Generalmente, las normas jurídicas son cumplidas espontáneamente, afirmación que nos conduce a abordar el próximo tema.

8. DERECHO Y CONSENSO

Si bien es cierto que el derecho requiere la posibilidad de su imposición por la fuerza, también hay un elevado número de individuos que cumple las normas espontáneamente. Los individuos que se desvían de las normas son unos pocos. Lo general, lo corriente, es el acatamiento de las disposiciones jurídicas; la violación, la conducta antijurídica, es lo excepcional.

De modo que cuando hablamos de consenso nos referimos a la aceptación de las normas jurídicas por parte de sus destinatarios, la conciencia de la conveniencia que tiene para todos nosotros el cumplimiento del derecho en función de una convivencia ordenada y pacífica.

Esto implica que el derecho no es únicamente coacción, cumplimiento forzado, fuerza, sino también, y en gran medida, aceptación y cumplimiento espontáneo de las normas jurídicas. Puede verse en este amplio acatamiento, absolutamente vinculado a la eficacia del sistema jurídico, una manifestación del poder ideológico que en este sentido ejerce el derecho.

En el Estado democrático, por otra parte, el consenso está facilitado por la adhesión de los ciudadanos a los valores superiores que informan el ordenamiento plasmado positivamente a partir de la Constitución.

9. FUNCIONES DEL DERECHO

Hemos anticipado la perspectiva funcional como una de las maneras adecuadas para acercarnos al concepto del derecho. Abordar el análisis funcional del derecho no es tarea fácil y compete más precisamente a los sociólogos o filósofos sociales. Para acotar el desarrollo del tema, de por sí muy vasto y complejo, nos limitaremos a hacerlo a partir de la contribución o aporte que el ordenamiento jurídico presta al todo social.

9.1. ¿Cuál es la función social del derecho?

La respuesta a esta pregunta será diferente según se adopte una posición funcionalista o conflictualista de la sociedad.

En efecto, ambas posturas parten de diferentes concepciones respecto de la sociedad, de modo tal que las funciones que el derecho cumple en ésta son muy divergentes entre sí, como veremos a continuación:

9.2. La concepción funcionalista

(Durkheim, Max Weber, Parsons, Luhmann, entre otros)

La concepción denominada funcionalista considera a la sociedad como un sistema que, como todo sistema, está compuesto por un conjunto de elementos que se encuentran en equilibrio, coordinándose entre sí para preservar su unidad.

El equilibrio del sistema, que se logra por la coordinación de sus elementos, es el orden social. Dentro de ese sistema que constituye la sociedad hay un elemento, más precisamente un mecanismo, que es el más importante y cuya función es la de conseguir y mantener ese equilibrio: el derecho.

Sintéticamente, la sociedad es un sistema de elementos en equilibrio, es orden, y el derecho es el elemento de ese sistema por el cual ese orden se consigue y mantiene.

9.3. ¿Cómo logra el derecho conseguir el orden social?

Si el derecho es el elemento de la sociedad por el que se consigue el orden, entonces podrá decirse que el derecho es un mecanismo o sistema de control social (aparece como un sistema dentro del sistema social total), en el sentido que supervisa, guía, dirige, controla las conductas de los individuos que integran esa sociedad en función de lograr dicho orden.

Pero no sólo supervisa las conductas sino también el buen funcionamiento de los demás elementos o mecanismos del sistema, de allí que la función del derecho no sólo es de integración sino también de regulación.

9.4. El derecho como instancia formal de control social

En la sociedad, el derecho no es el único agente de control social. La moral, la religión, los convencionalismos sociales, la educación, por ejemplo, también lo son, en el sentido que todos ellos, dando pautas, reglas de comportamiento, encausan también la conducta humana.

Pero el individuo, que desde sus primeros años de vida va incorporando dichas pautas de conducta, puede en algún momento desviarse de ellas. Cuando se aparta de tal modo que su conducta genera un conflicto afectando

el orden social, se hace preciso que exista una instancia formal de control social: el derecho. Es precisamente la instancia formal de control porque el cumplimiento de las reglas del derecho no depende exclusivamente de la voluntad del individuo, como es el caso de los otros sistemas de control social que nombramos en el párrafo anterior.

9.5. Los fines y los medios

Puede hablarse del derecho como sistema de control social haciendo referencia a los fines que persigue y a los medios de los que se vale para conseguir dichos fines.

Si partimos de que la existencia de un Derecho presupone, como es lógico, una división fundamental de la conducta (jurídicamente relevante) en lícita e ilícita, podrá aceptarse con seguridad que el fin del Derecho (en un sentido muy abstracto) sea el de aumentar al máximo las conductas lícitas, deseadas, y disminuir las ilícitas, las indeseadas (la desviación); por otro lado –en relación con ambos tipos de conducta– el derecho puede actuar a priori o a posteriori, es decir, puede anticiparse, o bien esperar a que se produzcan esas conductas. En resumidas cuentas, el Derecho (y, en general, cualquier sistema de control social) puede, teóricamente, operar de estas cuatro maneras: previniendo, reprimiendo, promocionando y premiando la conducta (Manuel Atienza: op. cit., pág. 67).

En definitiva, puede decirse, sobre la base de las ideas expuestas, que:

El derecho es un sistema de control social, que opera como un mecanismo por el cual se consigue y mantiene el orden social en virtud de impedir conflictos o, en su caso, resolverlos.

El derecho cumple una función eminentemente positiva para la sociedad, siendo que por él se mantiene el orden que toda sociedad necesita. Cabe mencionar, por último, entre las funciones más concretas que se han atribuido al derecho en relación con la sociedad, la resolución de conflictos, de certeza y seguridad, de garante de la libertad e igualdad y las ya mencionadas de organización y legitimación del poder, entre otras.

9.6. La concepción conflictualista (Marx)

Señalamos en la introducción que las posturas funcionalista y conflictualista concebían de un modo diferente a la sociedad.

Mientras que para la anterior concepción la sociedad es un sistema en equilibrio, para la postura conflictualista la sociedad es esencialmente inestabilidad, conflicto, desigualdad, lucha de clases antagónicas.

El derecho aparece como un elemento surgido del conflicto, pero no para impedirlo o resolverlo, sino para disimularlo o justificarlo contribuyendo así a mantener la inestabilidad y desigualdad que caracteriza a la sociedad. En la postura funcionalista el derecho conserva el orden, mientras que en ésta lo que mantiene es el conflicto.

Para el marxismo:

El Derecho (o, al menos, los sistemas jurídicos de las sociedades capitalistas) es un conjunto de normas coactivas que utilizan el poder del Estado para asegurar la dominación de una clase sobre otra (función de dominación), al tiempo que enmascaran el hecho de la explotación capitalista (función ideológica); es decir, el elemento diferencial, específico, del Derecho no estaría tanto en la estructura como en la función (Manuel Atienza: op. cit., pág. 55).

De modo que el derecho cumpliría una doble función:

- De dominación: porque el derecho es el instrumento del que se vale el sistema capitalista para asegurar el sometimiento de las clases sociales menos aventajadas (el proletariado) a las clases que detentan los medios de producción. El derecho acentúa las desigualdades entre ambos estratos sociales.
- Ideológica: porque efectúa la función de dominación de una manera disimulada, justificando la explotación de una clase social sobre otra mediante formas jurídicas que dan apariencia de relaciones realizadas entre partes que gozan de igualdad y libertad (como las figuras del contrato o el salario).

En definitiva, en esta orientación el derecho cumple una función netamente negativa para la sociedad en virtud de constituir un instrumento que contribuye a mantener las desigualdades y conflictos entre las clases que la integran; de allí la necesidad de su desaparición en el proyecto comunista en su plenitud.

10. DERECHO Y VALOR

La tercera perspectiva desde donde abordar el concepto del derecho, la perspectiva valorativa, se caracteriza por la preocupación acerca del derecho ideal, del derecho justo; en definitiva, la preocupación por los valores jurídicos en cuanto a su realización y como fundamento del derecho, entendiéndose como principal valor a la justicia en su inmediata relación con otros valores jurídicos como la libertad, la seguridad, la igualdad y la solidaridad.

La problemática de los valores jurídicos es un tema propio de la Filosofía del Derecho y, dentro de ésta, más precisamente, de la Axiología Jurídica (o Teoría de los valores jurídicos). Como se verá en el siguiente capítulo, la cuestión de

los valores es uno de los grandes interrogantes que la filosofía se plantea sobre el derecho.

En el Capítulo XII se tratará a fondo esta cuestión, por lo que aquí presentaremos sus lineamientos generales.

10.1. ¿Qué son los valores?

No se puede hablar de valores jurídicos sin hacer una somera referencia a los valores en general, de los cuales son parte. La teoría de los valores se origina en la última parte del siglo XIX, aunque la preocupación acerca de los mismos es muy antigua. Por ejemplo, la justicia como tema apareció incluso antes de Sócrates, alcanza importancia en este autor, se desarrolla con Platón y sobresale en la filosofía aristotélica cuya influencia subsiste en la actualidad.

En general, puede decirse que existen dos grandes concepciones acerca de los valores: la subjetivista y la objetivista. Desde la posición subjetivista (psicologista), se tiende a observar los valores como lo placentero, lo que nos agrada o apetecemos, como una preferencia subjetiva; desde las concepciones objetivistas –entre las que se destacan las de Scheler y Hartmann– los valores son objetos ideales válidos por sí mismos, pueden ser descubiertos en las cosas o conductas que estimamos valiosas pero existen como esencias ideales independientes de toda experiencia. Los valores aparecen así como cualidades que se predicán de ciertos objetos o conductas con independencia de su ser físico o espiritual.

Aun desde posturas objetivistas se efectúan críticas al pensamiento de los autores citados por cuanto se les atribuye sostener una especie de objetividad abstracta de los valores. Sin abandonar la idea de que efectivamente son objetivos en el sentido que no son emanados o creados por el individuo, se aclara que su objetividad se da en la existencia humana. Al respecto es muy interesante la posición del iusfilósofo español Luis Recasens Siches para quien es importante la vocación que los valores presentan a ser cumplidos. Señala el autor:

Los valores son peculiares objetos ideales, que ciertamente tienen una validez análoga a la que corresponde a otras ideas; pero, a diferencia de éstas, poseen, además, algo especial que podríamos llamar vocación de ser realizados, pretensión de imperar sobre el mundo y encarnar en él a través de la acción del hombre. Ciertamente que la esencia de los valores es independiente de su realización; es decir, un valor vale no porque se haya realizado, sino a pesar de su no realización. Porque algo sea, esté ahí, no por eso quiere decirse que encarne un valor; puede representar precisamente la negación de un valor, esto es, un desvalor o antivalor. Y viceversa: la validez de un valor no lleva aparejada la forzosidad efectiva de su realización. Por eso se dice que las categorías ser y valor son independientes. Pero, si bien es notorio que la esencia y la validez de los valores resultan independientes de su eventual cumplimiento en los

hechos, también lo es que esta independencia no significa indiferencia frente a su no realización, antes bien, en el sentido de los valores late la pretensión de ser cumplidos (Recasens Siches, Luis: Tratado General de Filosofía del Derecho, Sexta Edición, Porrúa SA, México, 1978, pág. 61).

10.2. ¿Qué características tienen?

- Los valores son cualidades, calificativos que acceden a ciertos objetos valiosos denominados bienes. Más precisamente, refieren a cualidades de los objetos culturales.

Los objetos culturales son aquellos en los que ha intervenido el hombre. Su totalidad compone la cultura.

- Los valores son bipolares, la nota de la polaridad o bipolaridad hace que los valores se encuentren desdoblados en un polo positivo y su correspondiente polo negativo, existiendo matices dentro de ambos extremos. Por ejemplo: belleza-fealdad, dentro de estos dos extremos hay una gradación de posibilidades inestimables que hacen que una obra de arte no sea definitivamente bella ni definitivamente fea.
- Los valores tienen diferente jerarquía o altura, es decir, es posible hacer una gradación jerárquica, tabularlos y ordenarlos según su importancia. Su enunciación jerárquica es lo que conforma las denominadas «tablas de valores», en las que puede ubicarse, por ejemplo, como valor inferior a la utilidad y, en sentido ascendente, los valores vitales (salud), espirituales (con preeminencia de los éticos) y religiosos. Se discute, sobre todo desde posturas subjetivistas, la posibilidad de formular una tabla rígida de jerarquía de valores a causa, entre otras, de la constante evolución y diferencias culturales que pueden registrarse en sociedades disímiles.
- Los valores tienen distinta fuerza, esta característica está íntimamente relacionada con la anterior, ya que de la simple existencia de esas escalas o jerarquías de valores surge la fuerza de los valores que las integran. Se entiende por fuerza la tendencia del valor a su realización y se da en una relación inversa con la jerarquía o altura del valor: a mayor altura del valor en la escala, menor posibilidad de realización, y viceversa, mientras menor jerarquía tenga el valor, realizarlo será más fácil.

A estas características de los valores, en general, los valores jurídicos agregan otra que les es propia:

- Los valores jurídicos poseen la nota de alteridad, es decir, que estos valores van a resultar del cruce de dos conductas. La característica de la alteridad es una condición que es propia de lo jurídico, puesto que al derecho no le interesa la conducta aislada del sujeto en cuanto no interfiera con la de otro (alter: otro), sino la conducta intersubjetiva. Siendo la alteridad una

característica de lo jurídico es lógico que los valores jurídicos también la posean. Es precisamente esta nota la que los identifica y distingue en cuanto valores del derecho respecto de los otros valores.

11. DOS VISIONES POLÉMICAS: IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO

El pensamiento griego antiguo se caracterizó por reconocer la coexistencia de dos clases de leyes impuestas a los hombres: las promulgadas por el Estado y las provenientes de los dioses. Esta idea es recurrente en autores como Sócrates, Platón y Aristóteles, y ha quedado inmortalizada en la dramaturgia universal en *Antígona* –la obra de Sófocles (s IV ac)– en la que nítidamente se contraponen la ley humana, representada por Creonte, gobernador de Tebas, a la ley que «los dioses escriben en el espíritu» de todo ser humano, que proclama Antígona en defensa de su conciencia personal y de la dignidad humana.

Revelándose contra el decreto de Creonte que ordena que el cadáver de Polinices quede insepulto y se imponga pena de muerte a quien lo entierre, Antígona desafía la arbitrariedad del tirano y sepulta a su hermano en nombre de una justicia superior basada en leyes no escritas, inmutables, de los dioses.

El núcleo de la tragedia nos ubica en la célebre distinción entre derecho natural y derecho positivo, aún polémica, que a lo largo de los siglos acompaña a nuestra civilización y que en el pensamiento jurídico genera las corrientes iusnaturalista y positivista, a veces con expresiones que implican distanciamientos extremos, pero que en la actualidad han alcanzado matices y visiones no tan radicalmente contrapuestos.

12. EL CONCEPTO IUSNATURALISTA DEL DERECHO

La doctrina iusnaturalista comprende un extenso período que, como hemos señalado, se inicia en la antigüedad clásica, se extiende a la cultura romana, se afianza en el pensamiento cristiano de la Edad Media y adopta otra expresión en la Edad Moderna, con un movimiento doctrinario al que se ha llamado Escuela Racionalista del Derecho Natural, manteniendo su repercusión desde diversas ópticas hasta la actualidad.

Dentro del pensamiento iusnaturalista, y en especial en lo que refiere concretamente al concepto del derecho, siguiendo a Carlos Nino digamos que esta corriente siempre ha sostenido, aunque con diferentes variantes, que la relación entre derecho y justicia debe necesariamente reflejarse en dicho

concepto. En otras palabras: ¿Es esencial al concepto del derecho la noción de justicia?, interrogante que en el iusnaturalismo ha recibido una respuesta afirmativa, que varía según sea el punto de vista adoptado, que agruparemos para su desarrollo bajo las denominaciones de Realismo Clásico Iusnaturalista e Iusnaturalismo Racionalista.

Para el autor citado, la concepción iusnaturalista se basa conjuntamente en las dos tesis siguientes:

- a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana.
- b) Una tesis acerca de la definición del derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de «jurídicos» si contradicen aquellos principios morales o de justicia.

Si bien todas las expresiones del iusnaturalismo admiten ambas tesis, hay una diferencia importante acerca del fundamento que se asigna a los principios morales y de justicia contenidos en el derecho natural. Como luego veremos con más detenimiento, el Realismo Clásico Iusnaturalista vincula el derecho natural con el orden eterno instaurado por Dios, mientras que el Iusnaturalismo Racionalista plantea una concepción antropocéntrica que ubica al derecho natural como proveniente de la naturaleza y racionalidad del hombre.

De cualquier manera, como síntesis de las diversas concepciones, podemos señalar, que los pensadores iusnaturalistas han coincidido en afirmar que:

- El verdadero derecho es el natural.
- Ese derecho natural está por encima del derecho positivo y está constituido por un conjunto de reglas y/o principios universales y eternos, es decir, con validez en todo lugar y tiempo.
- El derecho positivo, para ser válido, debe concordar con los preceptos fundamentales del derecho natural, ajustándose a los principios de justicia de éste. No dándose esta adecuación, el derecho positivo se considera injusto.

12.1. El realismo clásico iusnaturalista

Su principal exponente es Santo Tomás de Aquino (s. XIII), representante de la Escolástica, cuya obra más importante fue la *Summa Theológica*, en la que ha expuesto el pensamiento cristiano en su forma más perdurable. En lo que refiere a nuestra disciplina debemos destacar que, para este autor, el derecho natural es una especie del género ley, y la define como una ordenación de la razón encaminada al bien común hecha por el que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad y suficientemente promulgada.

Distingue cuatro clases de leyes:

- Ley eterna: es el plan divino que dirige todo hacia la persecución de sus fines; es el tipo de orden ideal del universo que preexiste en Dios. Mientras

las demás cosas y animales no pueden apartarse de la ley eterna (porque la siguen incondicionalmente o por instinto), el hombre, como ser racional, sí puede hacerlo y, en consecuencia, debe conocer la ley eterna para no apartarse de ella. Pero no la puede conocer directamente, puesto que no puede acceder al plan divino del universo. Sin embargo, no es necesario que Dios se la revele al hombre, puesto que éste puede detectar por medio de su razón parte de esa ley eterna en sus propias tendencias o necesidades;

- Ley natural: es precisamente la parte de la ley eterna que refiere a la conducta humana y que puede ser conocida en forma intuitiva e innata por los seres racionales. El derecho natural es la participación de las criaturas racionales en la ley eterna;
- Ley divina positiva: pero, como la razón del hombre puede a veces estar demasiado perturbada por las pasiones para determinar correctamente ciertos preceptos morales, Dios le ha revelado algunos de ellos, como es el caso de los Diez Mandamientos; ésta es la ley divina positiva, la parte de la ley eterna que fue revelada por Dios a los hombres;
- Ley humana: pero como la ley natural y la divina positiva no son suficientes para regular la concreta convivencia social, en cuanto constituyen principios muy generales, es preciso que los hombres establezcan disposiciones que los complementen adecuadamente. La ley humana, entonces, es la ley positiva establecida por los hombres para regular sus relaciones de convivencia. La ley humana debe ajustarse a los preceptos de la ley natural, debe ser compatible con éstos, debe ser deducible de ese derecho o bien limitarse a completarlo, estableciendo los detalles que él deja indeterminados. Esto es visto como dos formas de derivación de la ley humana a partir de la ley natural, que se denominan, respectivamente, conclusión y determinación.

La ley natural es la que determina, entonces, a la ley humana. Veamos cómo en este sistema se establecen los principios de la primera, en la que el legislador humano se inspira para dictar la ley positiva.

El camino para alcanzar el conocimiento de los principios de la ley natural corresponde a la razón práctica u operativa mediante la sindéresis y el razonamiento dirigido a distinguir lo bueno de lo malo.

La sindéresis es un hábito natural mediante el cual la razón práctica capta lo bueno de la cosa en sí misma.

El primer precepto indemostrable de la ley natural que es captado por la razón práctica se refiere a la naturaleza del bien: bien es lo que todos los seres apetecen; de allí que el primer principio que surge es: Se debe hacer y proseguir el bien y se debe evitar el mal.

Todos los demás preceptos de la ley natural se fundan en éste.

Ahora bien, para darle contenido a este principio hay que atender a las inclinaciones naturales del hombre:

- Como todo ser: el hombre tiende a persistir, apetece su propia conservación, por lo tanto, integran la ley natural los preceptos que refieren a la conservación de la vida del hombre y su legítima defensa.
- Como todo animal: tiene una inclinación hacia la procreación, educación y crianza de los hijos;
- Como ser racional: tiende a conocer las verdades divinas y a la convivencia social, por lo que integran la ley natural los preceptos que tienden a que el hombre evite la ignorancia y la ofensa a aquellos con quienes convive.

Todos estos preceptos aprehendidos por la *sindéresis*, que derivan del primer precepto («Hacer el bien y evitar el mal»), tienen las siguientes características:

- Son verdaderos y evidentes por sí mismos;
- Pertenecen al fin natural del hombre y a su natural inclinación correspondiente;
- Son universales, es decir, iguales para todos los hombres;
- Son inmutables.

Pero no se agota el derecho natural tomista en los principios citados, sino que es posible obtener otros preceptos de grado inferior como conclusiones de aquéllos, no en forma silogística, sino como juicios de la razón práctica, prudenciales, que se adoptan en función de la bondad de las consecuencias que provocan sobre una determinada materia ético jurídica.

Finalmente, como otros importantes exponentes de esta concepción *iusnaturalista* católica, en el Renacimiento Escolástico Español cabe citar a Francisco Suárez (1548-1617) y Francisco de Vitoria (1492-1546). Entre los modernos representantes de la doctrina deben destacarse autores como Renard y Villey en Francia y Dabin en Bélgica. Un interesante y renovador pensamiento contemporáneo es el del australiano John Finnis, Profesor de la Universidad de Oxford (Inglaterra).

12.2. El *iusnaturalismo* racionalista

Esta concepción también ha sido denominada «individualista» (Verdross) y entre sus numerosos exponentes de los siglos XVII y XVIII pueden hallarse tres direcciones que se ejemplifican con los autores más importantes. Ellas son:

- Corriente de transición hacia los tiempos modernos
Grocio (1583-1645) – Hobbes (1588-1679)
- Corriente del Derecho Natural *naturalista*
Rousseau (1712-1778)

Corriente racionalista pura del Derecho Natural

Pufendorf (1632-1694) – Kant (1724-1804)

Sin perjuicio que haremos una breve reseña de estos autores, podemos señalar que todos comparten la idea de que el verdadero derecho es el derecho natural (descubierto por el hombre por el camino de la razón) y que para encontrar ese derecho natural es necesario encontrar lo «auténticamente humano» en estado de pureza, la esencia de la naturaleza humana o, dicho de otro modo, al hombre en su estado de naturaleza. Caracteriza a esta vertiente del pensamiento racionalista la total independencia de todo dogma religioso o posición teológica.

Para encontrar al hombre en estado de naturaleza hay que indagar en una primera época en la que vivió, sin ley ni autoridad, mandándose a sí mismo (desde luego, época previa a la existencia del Estado). Pero ese estado de naturaleza es sustituido por los hombres en virtud de un pacto o contrato social por el cual convienen ciertas restricciones a sus derechos en pos de una convivencia pacífica, a la vez que se subordinan al gobierno que ellos mismos crean. Se da de esa manera un doble pacto: de unión en sociedad y de sujeción a la autoridad creada.

12.3. Hugo Grocio (1583-1645)

Coincide con Aristóteles en que el hombre es sociable por naturaleza y está destinado a cierta forma de sociedad (política).

Define al derecho natural como:

Lo que se demuestra racionalmente (no por revelación) apto para hacer posible la vida social. El derecho natural es el conjunto de principios que la recta razón demuestra conforme a la naturaleza sociable de los hombres y subsistiría aunque Dios no existiese.

El derecho se libera así de toda teología y, a la luz del derecho natural, Grocio discurre acerca de la obligatoriedad de los pactos, el contrato, la propiedad, la esclavitud, las relaciones entre los Estados, etc.

Según el autor holandés, las cosas eran originariamente comunes a todos los hombres pero luego, al aumentar las necesidades y desarrollarse la corrupción, cada uno se apropió de lo que le convenía. Así, afirma el derecho del «primer ocupante» como el único principio de la propiedad, desarrollando a partir de aquí la teoría del contrato social como forma de organización política, no en un sentido regulativo sino empírico, como si fuera un hecho históricamente acaecido.

12.4. Thomas Hobbes (1588-1679)

Considera, en cambio, que el hombre no es sociable por naturaleza, sino que es naturalmente egoísta. Portal motivo, en el estado de naturaleza, es decir, antes de la organización de la sociedad, se estaba en estado de guerra permanente,

lucha constante de todos contra todos, trataba el hombre de obtener ventaja en detrimento de los demás.

«El hombre es el lobo del hombre» es la frase de Hobbes para sintetizar aquella realidad en el estado de naturaleza, en donde existía una libertad ilimitada. Esta libertad ilimitada es renunciada incondicionalmente al poder absoluto del Estado, con la constitución de la sociedad civil por medio de un pacto en que cada uno depone su poder a esa autoridad que impide la guerra permanente.

Una importante crítica que se le formula a Hobbes es que esta renuncia de la libertad para satisfacer el orden –que implica abdicar esa libertad natural ilimitada en favor del Estado que la cambia por orden– equivale a postular y justificar el absolutismo.

12.5. Jean Jacques Rousseau (1712-1778)

Sostiene este autor, nacido en Ginebra, que los hombres en estado de naturaleza eran libres e iguales, buenos como todo lo que emerge de la naturaleza, y felices. Sus fundamentales derechos naturales eran la libertad y la igualdad.

Pero ese paradisíaco estado de naturaleza fue alterado cuando el primer hombre cercó un campo y dijo: «Esto es mío...». Ello dio nacimiento a la dominación política y a la propiedad, que por el influjo de las pasiones generó desigualdad y dependencia recíproca entre los hombres, que así abandonaron su condición natural, sin poder individualmente revertir tal situación.

La solución que plantea para ese estado de cosas es el contrato social, por el cual los derechos naturales se cambian a derechos civiles reconstruidos por el Estado: se vuelve a la libertad y a la igualdad. Todos confieren todos sus derechos al Estado; por eso existe igualdad. A la libertad la conservan porque el súbdito sólo debe respeto al Estado que constituye la síntesis de las libertades individuales. A su vez, el Estado se somete a la ley que crea, plasmándose el principio del Estado de derecho.

La libertad, como derecho natural inalienable, no queda enajenada, sino que es reforzada y garantizada por el Estado cuya legitimidad descansa en la ley, en cuanto expresión de la voluntad general, de la soberanía, cuyo titular es el pueblo.

Estos principios político-jurídicos constituyeron el programa sobre el que se llevó a cabo la Revolución Francesa en 1789, generándose un nuevo orden cuyos cimientos se expresaron en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de igual año, inspirada en la Declaración de Independencia americana de 1776, que recopiló como derechos naturales inalienables y de validez universal la libertad –en sus diversas manifestaciones (individual, de pensamiento, de credo, de expresión, etc.)–, la igualdad y el respeto a la propiedad, entre otros.

12.6. Samuel von Pufendorf (1632-1694)

Este autor alemán toma de Grocio la idea del instinto de sociabilidad del hombre, que conjuga con el pensamiento de Hobbes en el sentido que ese instinto está basado en el interés. Como otros autores de la época, distingue un estado de naturaleza previo a la organización política, necesaria esta última con motivo de la descomposición de aquél, que posibilita lograr la paz y la seguridad común. Reconoce un derecho natural innato, propio del individuo, supremo y previo al Estado, así como derechos adquiridos como consecuencia de su pertenencia a una comunidad.

Este célebre catedrático de la Universidad de Heidelberg se propone formular el derecho natural fundándose en la sola razón, partiendo de axiomas autoevidentes de los que deduce lógicamente un detallado sistema de derecho natural empleando la metodología propia de las ciencias matemáticas, lo que concretó en su obra *De iure naturae et gentium*.

Su importancia radica en haber representado un modelo de ciencia jurídica eminentemente racionalista que tuvo gran influencia en la construcción de la «dogmática jurídica» como expresión del perdurable pensamiento jurídico en los países de Europa continental.

12.7. Immanuel Kant (1724-1804)

En su obra *Crítica de la razón práctica* considera a la razón como el atributo esencial de la naturaleza humana. Y, partiendo del primado de la razón práctica (el hombre como sujeto del obrar), sostiene que la ley moral del deber se encuentra en la conciencia como la primera certeza.

Formula entonces el imperativo categórico (moral): «Obra de tal modo que la máxima de tu acción pueda valer como ley universal del obrar», mediante el que adscribe a una concepción puramente formal de la moral porque no determina qué se debe hacer, sino cómo y con qué intención para que la razón de una acción pueda hacer posible una legislación universal. Lo importante es obrar con conciencia del deber, por el mismo deber, no por otro motivo que el respeto a la ley moral.

Como corolario del imperativo categórico la libertad aparece como una necesidad de la conciencia moral, porque es impensable que pudiera existir conciencia del deber sin libertad. De allí que esta última constituye un derecho natural innato del hombre en el que se compendian todos los derechos naturales.

Al tratar el derecho lo define en relación con la libertad como «el conjunto de las condiciones por las cuales, el arbitrio de cada cual puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad».

El derecho se reduce a regular las acciones externas de los hombres, a diferencia de la moral que reina en la interioridad. Esas acciones externas son propias de la vida en sociedad, son fruto de la coexistencia que el derecho debe regular pero en donde debe primar la libertad como derecho y valor supremo, que el Estado tiene por función preservar asegurando la vocación de la humanidad hacia la paz perpetua.

13. EL CONCEPTO POSITIVISTA DEL DERECHO

Caracterizar el positivismo jurídico es una tarea compleja, tanto por la ambigüedad del término positivismo, como por las diferentes concepciones que se han construido al respecto por sus propios adherentes y por aquellos que se han opuesto a sus principales tesis. Sin embargo, en un intento de sintetizar las diversas posturas, cabe señalar que básicamente el positivismo jurídico afirma que no existe más derecho que el positivo, producto del legislador, que se encuentra reunido y sistematizado en un ordenamiento, vigente y variable en cada sociedad. De allí, que la concepción positivista pueda observarse históricamente como una reacción al pensamiento iusnaturalista, sobre todo en cuanto a su renuncia a considerar la coexistencia de un derecho natural.

Por otra parte, otro rasgo útil para caracterizar al positivismo jurídico es considerar al derecho con prescindencia de su posible justicia o injusticia, diferenciándose del iusnaturalismo en lo referido a la validez del derecho que, para este último, radica en su conformidad con determinados criterios morales.

Se ha atribuido al positivismo escepticismo ético, esto es, que sus cultores adhieren al postulado de que no existen principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos. Si bien, como señala Nino, en esta postura puede ser ubicado Kelsen, para quien los juicios valorativos son relativos y subjetivos y la justicia es un ideal irracional, no todos los positivistas comparten esta tesis de filosofía ética, como es el caso de Benthan y Austin, y el más reciente de Hart, quien se ha ocupado de problemas valorativos del derecho, razón por la cual rechaza Nino que el positivismo pueda identificarse con el escepticismo ético.

13.1. El denominado positivismo ideológico

Según refiere el autor argentino, se ha atribuido al positivismo sostener la idea según la cual las normas positivas tienen fuerza obligatoria y, portanto, deben ser obedecidas por sus destinatarios y aplicadas por los jueces, sin ninguna consideración sobre la justicia o injusticia de su contenido.

Así caracteriza Norberto Bobbio a la presente tesis, según lo señala Nino en su obra, *Introducción al análisis del Derecho*:

1) El derecho positivo, por el sólo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de la voluntad dominante, es justo; o sea que el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez.

2) El derecho como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza de una determinada sociedad sirve, con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal (Carlos. S. Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, segunda edición ampliada y revisada, Astrea, pág. 33).

Nino refuta tal concepción sosteniendo que no es fácil encontrar algún autor que se adhiera plenamente a esta tesis, sin perjuicio que se pueden citar como partidarios de una versión «atenuada» a pensadores ingleses como Bentham, Austin y Hart.

13.2. El denominado positivismo metodológico o conceptual

Nino puntualiza el perfil del positivismo, situándolo ahora en una caracterización que denomina positivismo metodológico o conceptual.

Esta postura sostiene que el concepto del derecho no debe caracterizarse según propiedades valorativas, sino tomando en cuenta sólo propiedades descriptivas. Es decir, las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone no implican juicios de valor y son verificables con relación a ciertos hechos observables empíricamente. Esta idea no implica ninguna posición valorativa acerca de cómo deben ser las normas jurídicas y cuál es la actitud que debe adoptarse frente a ellas. Se justifica, entonces, a partir de esta posición, que un juez esté moralmente obligado a desconocer ciertas normas jurídicas. Desde luego que esta afirmación no será aceptada ni por un positivista ideológico (para quien el juez está necesariamente obligado a aplicar la norma jurídica positiva por el sólo hecho de ser precisamente positiva), ni por un iusnaturalista (para quien si el juez está moralmente obligado a desconocer una norma, es porque ella no es una norma jurídica) (op. cit., pág. 37).

En consecuencia, este tipo de positivismo metodológico, mejor llamado conceptual en cuanto refiere al concepto de derecho, se diferencia del denominado positivismo ideológico en tanto no se opone a la existencia de principios morales y de justicia universalmente válidos y racionalmente justificables.

Si recordamos ahora las tesis a) y b) a que hicieramos referencia al mencionar la caracterización que el autor argentino efectúa del iusnaturalismo,

podremos observar que el positivismo metodológico o conceptual no tiene reparos en compartir la tesis a), como señalamos en el párrafo anterior, pero no adhiere a la tesis b); es decir, no admite que la definición del derecho deba incluir criterios de identificación de una norma o sistema jurídico a principios morales o de justicia.

De allí que Nino señale que debe definirse al derecho como un sistema normativo que presenta rasgos fácticos distintivos, sin tener en cuenta propiedades valorativas; para él la controversia existente acerca de la tesis b) es una mera disputa verbal, cuya significación desaparece si se advierte que desde una concepción «convencionalista» del lenguaje «pueden coexistir para ser empleados en distintos contextos un concepto normativo del derecho (que alude a las normas que deben justificadamente ser reconocidas por los órganos estatales), como un concepto descriptivo de derecho (que alude a las normas que son de hecho reconocidas por los órganos estatales)». De este modo, Nino considera que se supera buena parte de los problemas filosóficos que se suscitan del presupuesto de que hay un único concepto de derecho.

13.3. Hans Kelsen

Es muy amplio el número de autores y corrientes de pensamiento que se ubica en el Positivismo Jurídico. De entre los más relevantes, como los ya mencionados Bentham, Austin, Ross, Hart, Kelsen, optamos por ceñirnos a la concepción de este último, como uno de sus principales exponentes, por la proyección de su doctrina y la importancia de sus desarrollos en la constitución de la ciencia jurídica, sin perjuicio de que a lo largo de la exposición de este libro ampliemos el pensamiento de Kelsen en otras cuestiones y hagamos referencia a las contribuciones de los restantes autores.

Hans Kelsen, nacido en Praga en 1881, perteneciente a la Escuela de Viena, ha ejercido una extraordinaria influencia dentro del iuspositivismo, razón por la cual analizaremos brevemente su obra como modelo del mismo en lo referido al tema que nos ocupa.

En su Teoría pura del derecho, versión insuperada de sus ideas fundamentales, plantea la exigencia metodológica de pureza como punto de partida de su teoría acerca del derecho positivo, es decir, referida al derecho que es, no a cómo el derecho debe ser o deba ser hecho. Se propone liberar la ciencia jurídica de múltiples confusiones y oscuridades provenientes de su consideración tradicional junto a otras disciplinas referidas a objetos que se encuentran relacionados con el derecho, como la ética, la teoría política, la sociología, la psicología, etc., de las que debe independizarse para delimitar correctamente su objeto en miras a aplicarle el método que le corresponde.

Para superar esta confusión debe depurarse la ciencia jurídica de todo material extraño para obtener una teoría jurídica pura, esto es, que se refiera

exclusivamente al derecho positivo. Esta exigencia metodológica de pureza se obtiene mediante dos purificaciones:

- Primera Purificación: Purificación positivista o antiusnaturalista: de la política, la moral, la justicia y toda ideología.

La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo. Su función es la descripción del mismo, qué es y cómo es, absteniéndose de toda valoración o especulación acerca de la justicia y la moral, toda vez que considera que no existen principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos: «La justicia es un ideal irracional que no se deja teorizar».

- Segunda Purificación: Purificación antisociológica o antinaturalista: de las ciencias naturales y, en particular, de la sociología jurídica.

La ciencia jurídica estudia las normas como sistema que da sentido jurídico a la conducta de los hombres, pero no se ocupa del real comportamiento de éstos tal como efectivamente se conducen (sociología jurídica). Es necesario depurar a la teoría jurídica de todo elemento sociológico. A aquélla no le interesan los motivos que hicieron que el legislador dictara una determinada ley, ni los hechos económicos que pueden influir en el dictado de una sentencia de un tribunal, ni el temperamento o carácter del juez que puede decidir, ni los efectos reales que pueden resultar de la aplicación de una norma, porque todo ello cae en el plano causal y es, por lo tanto, ajeno a su interés específico (conf. Enrique R. Aftalión y José Vilanova, Introducción al Derecho, segunda edición, Abeledo Perrot, Bs. As., 1992, pág. 321).

Efectúa una separación entre la ciencia causal explicativa y la normativa, referida la primera al comportamiento real de los hombres tal como es o será y, la segunda, al comportamiento tal como debe ser, acudiendo a dos categorías últimas e irreductibles: ser y deber ser.

La ley natural (o ley física) enlaza un hecho antecedente como causa (que efectivamente es) con un hecho consecuente como efecto que necesaria o probablemente será, mientras que la norma jurídica enlaza un hecho antecedente (o condición) con un hecho consecuente que debe ser. En el primer caso la forma de enlace de los hechos es la causalidad (tener que ser); en el segundo, la imputación (deber ser). La imputación no refleja ni pretende reflejar algo que efectivamente ocurra en el orden de la naturaleza, es meramente el sentido de las normas jurídicas.

Practicadas las dos purificaciones referidas, el residuo, liberado de ingredientes espurios, es lo que constituye la idea de la ciencia jurídica. Este residuo es aquello que debe ser, no por su intrínseco valor sino porque constituye el contenido de las normas jurídicas. Es el objeto de la ciencia jurídica pura.

En este marco conceptual se ubica la definición de derecho kelseniana, a la que ya hicieramos mención, como «conjunto de normas coactivas», en la que se aprecia el sentido de las dos purificaciones antes señaladas, en cuanto

el derecho posee carácter normativo, a una determinada conducta imputa una consecuencia jurídica mediante el nexo verbal deber ser, que lo distingue de las ciencias naturales o empíricas que tratan sobre hechos causalmente ligados.

Por otra parte, al referirse a un conjunto de normas puntualiza la referencia a un orden de la conducta humana como sistema de normas cuya unidad se encuentra constituida por igual fundamento de validez. Por último, la nota de coactividad inserta en el concepto de derecho permite distinguirlo netamente de la moral y de la justicia. Esto no significa que para Kelsen el derecho no pueda calificarse como bueno o malo, justo o injusto, sino que, dado su relativismo valorativo, considera que no existe un patrón absoluto para la evaluación de un orden jurídico positivo.

2 Los saberes jurídicos

1. CIENCIA DEL DERECHO Y SABERES JURÍDICOS

Modelos de ciencia dominantes en las diferentes épocas históricas.

El análisis acerca del tipo de conocimiento con que es posible acceder al derecho ha variado de modo rotundo a lo largo de la historia, dependiendo las diferentes respuestas de lo que se entienda por derecho, así como de los paradigmas o modelos de ciencia dominantes en la investigación científica de un determinado momento histórico.

Naturalmente, dada la índole de este texto, no agotaremos los distintos modelos de ciencia propuestos por las diferentes corrientes del pensamiento, sino que trazaremos un conciso panorama de sus más importantes expresiones, poniendo en evidencia la diversidad de concepciones.

Ubicándonos en la ciencia del derecho europea, los inicios se remontan a la «Jurisprudencia» (término equiparable al de «ciencia jurídica») desarrollada en Roma, en donde, en sus primeros tiempos, la convivencia fue regida por la costumbre jurídica. Más tarde surge la ley como otra fuente del derecho, votada por el pueblo reunido en *comicios* a partir de la propuesta de un magistrado romano con validez general para todo el pueblo: la denominada Ley de las XII Tablas (mediados de s. V a.c.).

La aparición de este texto legal escrito sobre «tablas» de bronce exhibidas en el Foro, considerado el primero en Europa, fue fundamental pues a partir de aquí se dispuso de un objeto de estudio concreto necesitado de interpretaciones y sistematizaciones en miras a su aplicación práctica.

También el edicto del Pretor (llamado *ius edicendi*) fue considerado fuente del derecho. Consistía en una declaración promulgada formalmente por el magistrado por la cual se daban a conocer las reglas del derecho a las cuales ajustaría su acción, en especial para casos no previstos.

Por su parte, los juristas tenían la función de dar respuestas o soluciones a los casos planteados por los particulares, mediante la interpretación, sobre la base de las reglas jurídicas. Las interpretaciones de algunos de ellos, con respecto al derecho existente estaba dotada de autoridad legislativa, es decir, sus conclusiones tenían fuerza vinculante para los jueces, tanto en relación a los casos para los que habían sido emitidas, como para los análogos con valor de precedente.

Durante los siglos IV y V, la concepción del derecho pasa de ser jurisprudencial (en el sentido de que el derecho era visto como un sistema de *soluciones* dadas en gran medida por los juristas y para los casos que se iban presentando), a ser una concepción legislativa (considerando al derecho como un conjunto de textos escritos constitutivos de un material previo para el jurista). Es decir, en la concepción jurisprudencial es el jurista quien suministra, con sus interpretaciones para dar solución a los casos, el material jurídico, mientras que en la concepción legislativa, éste dispone de una serie de textos escritos previos en los que se hallarán las soluciones.

A mediados del siglo VI se lleva a cabo en Roma la gran obra codificadora de Justiniano (quien asume el trono en el año 527), denominada la Recopilación de Justiniano, en la que se sistematizó el contenido de plebiscitos, edictos de los magistrados, obras de jurisconsultos y constituciones imperiales.

Al conjunto de la recopilación se llamó luego *Corpus Iuris*, que constituye el hecho determinante de la aparición de una jurisprudencia europea a partir del siglo XI.

El *Corpus Iuris* estaba compuesto por:

- el *Código*, recopilación de leyes vigentes;
- el *Digesto o Pandectas*, recogía las obras de la jurisprudencia;
- las *Instituciones*, obra didáctica escrita para facilitar el aprendizaje del derecho;
- las *Novelas*, recopilación de leyes emanadas después del Código.

A finales del siglo XI hasta el siglo XIII, se desarrolla en Italia la Escuela de Bolonia o de los glosadores (primer producto cultural de la burguesía), llamados así por ser los creadores de un método para el análisis de los textos jurídicos, mediante la manifestación de sus conclusiones con notas marginales (glosas) en el *Corpus Iuris Civilis* romano (más precisamente el Digesto).

A partir de dicho texto, considerado sagrado, que proporciona un principio de autoridad indiscutible, establecieron distinciones, formularon reglas generales, plantearon cuestiones, elaboraron tratados y sumas. Mediante su exposición en glosas, se apegaron a la autoridad del derecho romano en una actitud dogmática que contrasta con la de los antiguos juristas.

A comienzos del siglo XIV, los estudios sobre el derecho toman otra dirección con la Escuela de los prácticos o comentadores (llamados posglosadores), quienes tuvieron una actitud mucho más crítica y libre con respecto a las fuentes, considerando al Derecho Romano como la «*ratio scripta*» pero planteando la necesidad de reelaborarlo y desarrollarlo para construir una ciencia racional, cuyas conclusiones resultaran válidas no solamente para el derecho romano sino para cualquier otro sistema jurídico. Entienden la labor jurisprudencial como una técnica para la solución de casos prácticos.

En el período que transcurre entre los siglos XVII y XVIII, la ciencia jurídica europea aparece dominada por el iusnaturalismo racionalista, caracterizado

por el rechazo al principio de autoridad, propio de la Edad Media, al que se reemplaza por procedimientos racionales y lógicos con el propósito de enunciar leyes naturales, inmutables y necesarias, que regulen la conducta humana. Estas leyes (constitutivas del derecho natural) serán descubiertas por la razón en la observación de la propia naturaleza del hombre. Es éste el objeto de la ciencia del derecho.

A partir del siglo XIX, el dominante positivismo y la metodología de las ciencias naturales condujeron al modelo naturalista, al pretender aplicar a las ciencias jurídicas y sociales los métodos de aquéllas (observación e inducción), sin reparar en la imposibilidad de equiparar sus respectivos objetos cognitivos.

Otras vertientes se desarrollan en Europa en el siglo XIX, en el que surge la moderna ciencia del derecho en tres grandes centros:

- Francia, con la *Escuela de la Exégesis*
- Alemania, con la *Escuela Histórica*
- Inglaterra, con la *Jurisprudencia Analítica*

Allí se desenvuelven en forma relativamente autónoma, pero coincidiendo en un concepto del derecho positivista: el derecho es el derecho positivo, el derecho puesto, creado por el hombre en un tiempo y lugar determinados para regular su convivencia (sea el legislador, el espíritu del pueblo manifestado a través de la costumbre jurídica, el soberano).

En Francia, la Escuela de la Exégesis nace con motivo de la sanción del Code civil, en 1804, conocido como el Código de Napoleón. Para esta escuela el derecho es un conjunto de reglas escritas emanadas del Estado como creación exclusiva del legislador.

A partir de este acontecimiento los juristas ciñen su objeto de investigación a las normas promulgadas, en una versión formalista que identifica derecho y legalidad, elementos dados que constituyen la positividad; en este caso no hay obstáculo en admitir la existencia de un derecho natural, por ser el nuevo código la proyección del pensamiento iusnaturalista racionalista, y no existe reparo en reconocer la coincidencia de los principios del derecho natural con la obra positivista que representaba la codificación. En Alemania, el historicismo, representado por F.K. von Savigny y G. Hugo, sostiene que el derecho no es una creación arbitraria del Estado, sino un producto del «espíritu del pueblo» (*volksgeist*), un producto histórico, cultural, evolutivo y variable.

La ley, para el pensamiento de esta escuela, no sólo no es la única fuente del derecho sino que tampoco es la más importante. El derecho se exterioriza, se manifiesta de diferentes maneras, siendo la primera y más genuina la que se hace a través de la costumbre jurídica, producto de la vida de un pueblo. Según Savigny, la segunda forma de expresión del derecho es la ley y la tercera la manifestación de los juristas (derecho científico), considerados los represen-

tantes del pueblo en el campo del conocimiento del derecho, quienes ponen de manifiesto principios y normas implícitas en el derecho popular.

Constituye esta concepción la negación del derecho natural y la afirmación del positivismo jurídico, al considerar el derecho como un producto histórico y social, variable en función de ciertos factores que caracterizan a los diferentes pueblos, un hecho social justificado por su propia existencia histórica, de allí que la idea de un derecho natural aparezca innecesaria. No se ocupa del derecho que debe ser sino del derecho dado, de su origen y desarrollo, pensamiento que significó una reacción contra el iusnaturalismo racionalista, abstracto y ahistórico imperante.

En Inglaterra, el modelo propuesto por la Jurisprudencia Analítica con la obra de J. Austin, representa otro tipo de legalismo o formalismo jurídico que identifica el derecho real con el derecho legislado. Se reduce el derecho a la ley escrita, considerada como un conjunto de mandatos del soberano dirigidos al súbdito que cuentan con el respaldo de la coacción.

El estudio del derecho, en esta vertiente analítica, tiene por objeto el concreto derecho positivo y, además, intenta una generalización acerca de los principios o conceptos comunes a distintos sistemas jurídicos, como los conceptos de sujeto de derecho, derecho subjetivo, deber jurídico, sanción, coacción, etc., facilitando el posterior desarrollo de una ciencia formal del derecho.

En la segunda mitad del siglo XIX, la Escuela Histórica alemana desembocó en un formalismo conceptual con el surgimiento de la Escuela de Jurisprudencia de Conceptos, con autores como Rudolf von Ihering (su primer pensamiento) y Bernardo Windscheid, que representan una posición extrema de la dogmática al considerar que el derecho se reduce a los textos de la ley, a sus palabras, que expresan conceptos.

Nuevamente la labor del jurista se tiñe de racionalismo, de logicismo y se centra en el estudio ya no de la ley sino de las normas, que se tienen por «dogmas», como datos que deben recepcionarse acríticamente, que sólo admiten operaciones conceptuales que permitan sistematizarlas en miras a su aplicación mediante métodos lógico-deductivos. Se abandona, entonces, toda consideración sociológica o ética, constituyéndose una postura dogmática que, no obstante constituir un reduccionismo, permitió el progreso del conocimiento científico del derecho.

El objeto de la ciencia jurídica se ciñe al derecho positivo, tratando de reproducir, mediante un sistema de conceptos, el pensamiento jurídico del creador de la norma.

La reacción contra tal concepción no se haría esperar produciéndose sobre finales del siglo XIX una revuelta contra el formalismo de la jurisprudencia conceptual, tanto en Alemania como en Francia.

En Alemania, Ihering, en su segundo pensamiento, abandonando su inicial apego al formalismo, inicia la Escuela de Jurisprudencia de Intereses reaccionando contra la Escuela Histórica y la Escuela de Jurisprudencia de Conceptos.

Contra la primera sostiene que el derecho no es un producto humano surgido espontáneamente sino una obra deliberada llevada a cabo para la consecución de ciertos fines. Contra la segunda, propone abandonar la idea del derecho como un sistema de enunciados abstractos. En el pensamiento de este autor el derecho aparece basado en dos elementos: el *fin* y la *coacción*, de modo que el mismo consiste en un orden coactivo compuesto por un sistema de reglas con las que se pretende alcanzar ciertos fines sociales, políticos, económicos, etc.

Propone la idea de *finalidad o télesis* para el análisis del derecho, sobre la base del denominado método teleológico.

A partir de esta idea sostiene que la tarea de los jueces consiste en la satisfacción y el equilibrio de intereses, evidenciando la preocupación por una correcta concreción del derecho en la práctica jurisprudencial.

En Francia, en los últimos años del siglo XIX y principios del XX, se inicia con la obra de Francois Geny la Escuela de la Libre Investigación Científica, que implica una reacción contra los postulados de la Escuela Exegética francesa. Afirma que el derecho positivo no se agota en la ley y ni siquiera puede reducirse al derecho estatal en cuanto el ordenamiento jurídico del Estado no es completo, puesto que se presentan casos no contemplados que hacen que el juez deba recurrir para resolverlos a una libre investigación científica de la realidad preexistente (datos) a las normas jurídicas.

A partir de esta idea, hace una crítica a los métodos tradicionales de interpretación proponiendo un método científico que consiste en acudir a la ley pero también a los elementos suministrados por la naturaleza, que denomina datos (reales, históricos, racionales e ideales) revelados por la ciencia a partir de una libre investigación científica. Si la ley prevé el caso, corresponde aplicarla por ser la primera *fuentes formal* del derecho. Si ésta no es suficiente, el intérprete no debe torturarla para hacerle decir lo que no dice, sino que debe recurrir a las *otras fuentes formales* que son la costumbre, la autoridad (jurisprudencia y doctrina modernas) y la tradición (jurisprudencia y doctrina antiguas). Si aún todas las fuentes formales fuesen insuficientes el juez debe recurrir a las *fuentes no formales*, aquellos elementos objetivos constitutivos de la realidad a los que denomina datos (reales o naturales, históricos, racionales e ideales), a los que se accede por medio de una libre investigación científica.

Libre porque la actividad no está condicionada a ninguna autoridad; científica porque el intérprete logra el conocimiento de los referidos datos gracias a la ayuda de diferentes ciencias, por ejemplo, la Ciencia Jurídica para los datos ideales, la Historia para los datos históricos, la Economía, la Sociología y

otras ciencias sociales para los datos reales; y, por medio de la razón, accede a los datos racionales.

En los comienzos del siglo xx surge en Francia y Alemania la Escuela del Derecho Libre representada por el suizo H. Kantorowicz, quien en un manifiesto titulado «La lucha por la ciencia del derecho» va a proponer la existencia de un derecho libre, el derecho vivo y espontáneo de la costumbre, factor social que el jurista debe tener muy en cuenta y que debe ser descubierto y analizado por la ciencia. La atención se desplaza de la ley hacia la actividad judicial, y pone de manifiesto mayor preocupación por la justicia de las sentencias judiciales que por su legalidad formal. En pocas palabras, la ciencia se independiza de la legislación y el juez del legislador. También caracteriza a esta escuela la idea de que el aplicador del derecho encuentra la solución a los casos no sólo en la ley, en razón de que el derecho no se limita solamente a las normas dadas por el legislador. El derecho positivo no emana exclusivamente del Estado sino que junto a la fuente estatal está el derecho libre, surgido espontáneamente de la vida social, el derecho vivo de la costumbre. El pueblo vive su derecho al margen del derecho estatal y este factor social debe ser descubierto y analizado por la ciencia.

En las primeras décadas del siglo xx, surge en Estados Unidos otra concepción que reacciona contra el formalismo jurisprudencial encabezada por el juez Oliver Wendell Holmes que, desde una vertiente de la filosofía pragmática, va a poner el acento en la experiencia jurídica y no en la lógica, en la conducta real de los jueces, a partir de su conocida definición del derecho como «las predicciones de lo que los jueces harán de hecho».

Fue precursor del Realismo Jurídico Norteamericano, escuela de gran importancia en ese país que destacó la labor científica del jurista dirigida a indagar concretamente lo que los jueces y ciudadanos hacen en la realidad, de manera que lo relevante al estudio del derecho es aquello que es necesario exponer ante los tribunales o aconsejar al ciudadano para mantenerlo alejado de éstos, revelando así una concepción que ve al derecho como una ciencia social eminentemente práctica.

Casi contemporáneamente, dominando los estudios jurídicos durante el pasado siglo, aparecen diversos modelos provenientes de autores positivistas, entre los que mencionaremos en primer lugar por su gran trascendencia el de Hans Kelsen, cuyo pensamiento ya refiriéramos en el capítulo anterior. En su libro «Teoría Pura del Derecho» plantea una exigencia metodológica de pureza que consiste en extraer de la ciencia jurídica todo aquel material que considera espurio, y propone su purificación de la moral, la política, las ideologías, la justicia, las ciencias naturales y la sociología jurídica; permanece como exclusivo objeto de estudio de la ciencia del derecho aquello que debe ser, no por su intrínseco valor sino por tratarse del contenido de las normas, enfatizando desde el formalismo jurídico la estructura lógico formal de éstas, aspecto en que su obra reviste una valiosísima contribución,

aunque desecha toda indagación acerca de la realidad social y los factores políticos y valorativos que impregnan la experiencia jurídica.

Otro autor positivista no menos influyente en el siglo xx es H.L.A. Hart para quien el derecho es también un conjunto de normas, pero de distintos tipos. En su clásica obra «El concepto del derecho» distingue entre reglas primarias y secundarias. Las primarias prescriben al sujeto la realización de actos u omisiones, mientras que las secundarias confieren potestades públicas y privadas y se clasifican en reglas de reconocimiento, de adjudicación y de cambio. Es también muy conocida su postura respecto a la existencia de un «contenido mínimo de Derecho natural» y el análisis de la discrecionalidad judicial en la aplicación del derecho.

La segunda parte del siglo xx pone de manifiesto otras direcciones teóricas de gravitación actual, como la Teoría de la Argumentación Jurídica, de la que se consideran precursores a Viehweg y Perelman, comprendiendo en sus manifestaciones más desarrolladas a autores como Toulmin, MacCormick, Alexy, Aarnio y Atienza. Su objeto de estudio lo constituye la argumentación jurídica que se produce en diversos ámbitos (legislativo, doctrinal, etc.), siendo el campo judicial el más representativo, en el que se analiza el razonamiento jurídico desarrollado por los jueces y los mecanismos que conducen a las decisiones que adoptan a la hora de aplicar el derecho y dar solución a los casos concretos.

Otra expresión que ocupa a la teoría jurídica desde la segunda posguerra es el denominado Neoconstitucionalismo, que en sus versiones más destacadas, aunque con diferentes matices (Dworkin, Alexy, Ferrajoli, Zagrebelsky), propone un nuevo modelo de supremacía constitucional en el que se destaca el pase desde un Estado «legalista» al Estado «constitucional», que implica someter las reglas legales a los principios y valores insertos en la constitución, reactualizando el estudio sobre las fuentes del derecho, la interpretación judicial y la relación entre derecho y moral.

También en las últimas décadas del siglo pasado ha surgido una dirección del pensamiento que puede englobarse bajo la denominación general de Teoría Crítica del Derecho, en la que suelen incluirse expresiones diversas como las del «uso alternativo del derecho» en Italia (Cerroni), los «critical legal studies» en Estados Unidos (Duncan Kennedy) o la obra de Boaventura Santos (Portugal), preocupados en poner en evidencia los elementos políticos e ideológicos insertos en la práctica jurídica, cuestionando la neutralidad judicial decisoria, desde una perspectiva progresista que observa al derecho como un instrumento con el que pueden perseguirse objetivos de cambio y liberación.

En la actualidad, el estudio del derecho se ha independizado de una concepción exclusivamente normativista y se abre a una visión que lo considera un fenómeno complejo, existiendo consenso en que la indagación del mismo no debe limitarse al contenido de la legalidad, sino que es posible su abordaje desde diferentes perspectivas, abarcando la integridad de sus problemáticas.

No basta analizar desde la ciencia los aspectos formales o estructurales del derecho, sino también su realización comunitaria y la función social de sus normas e instituciones, a lo que ha contribuido enormemente el desarrollo de la Sociología Jurídica. De allí que ahora sea más conveniente referirnos al conocimiento del derecho con la más amplia expresión de saberes jurídicos, todos ellos centrando en el derecho su objeto de estudio, pero variando sus metodologías conforme la vertiente a partir de la cual se realiza la indagación.

En este sentido, el conocimiento podrá realizarse a través de la Dogmática Jurídica, de una Teoría General del Derecho o desde el Derecho Comparado, pero también desde la Sociología del Derecho, la Historia del Derecho, la Antropología Jurídica, la Psicología Jurídica, la Lógica Jurídica, la Informática Jurídica y la Teoría Económica del Derecho, de las que nos ocuparemos a continuación.

1.1. Dogmática Jurídica

Como ya hemos señalado, la ciencia del derecho, en el sentido clásico de Dogmática Jurídica, aparece en Europa a comienzos del siglo XIX y se desarrolla más puntualmente en tres centros: Alemania, con la Escuela Histórica; Francia, con la Escuela de la Exégesis; e Inglaterra, con la Jurisprudencia Analítica.

El pensamiento de los autores pertenecientes a estas tres escuelas, y sus continuadores en el desarrollo de la ciencia del derecho, presenta diferencias notables, pero puede unificarse en un criterio común: la coincidencia en el concepto positivista del derecho. El derecho es el derecho positivo, el derecho puesto, por lo tanto, la ciencia del derecho es la llamada a estudiar ese derecho dado. También sostuvimos que la ciencia del derecho estudia el fenómeno jurídico en sus diferentes manifestaciones. Ahora bien, cuando ese estudio se circunscribe a las normas ya establecidas y vigentes, ordenándolas según principios, haciendo clasificaciones, sistematizándolas en miras a su aplicación, entonces hablamos de Dogmática Jurídica. Modernamente se utiliza esta última expresión como sinónimo de ciencia jurídica. En la antigüedad se la denominó «Jurisprudencia» (término que actualmente usamos en otros contextos), pero que se conserva en el habla inglesa con la expresión «Jurisprudence».

Sostiene Manuel Atienza que la Dogmática Jurídica tiene una finalidad práctica, ya que esa sistematización y ordenación según principios se hace en vistas, por un lado, al problema de la aplicación, tratando de suministrarle al juez criterios, elementos que faciliten su tarea de restablecer el orden quebrado por el conflicto que requiere solución y, por otro, al problema del cambio o modificación del derecho vigente. Por ello, adoptando una postura polémica, prefiere caracterizar a la Dogmática Jurídica como una técnica que emplea conocimiento científico, por lo que considera más apropiado designarla como

tecnología (en el sentido de «técnica que emplea conocimiento científico»). Ese conocimiento científico que emplea la Dogmática Jurídica se lo brindan precisamente los otros saberes jurídicos; de ellos toma métodos y teorías que puedan serle útiles a su tarea de exponer, desarrollar y sistematizar el derecho positivo.

En la práctica, la Dogmática Jurídica estudia las normas jurídicas que se encuentran vigentes y conforman un determinado sistema jurídico estatal; no elabora su material de conocimiento sino que los juristas se ocupan de analizar lo dado para ordenarlo, interpretarlo y exponerlo de la mejor manera posible para facilitar su aplicación. Los resultados de su saber no pueden proyectarse a otros órdenes normativos estatales, a menos que exista coincidencia en la regulación de determinada institución (de allí su valor relativo).

Entre nosotros, denominamos autores, doctrinarios, juristas, a quienes se dedican a esta expresión de la ciencia jurídica, y pueden acotar sus investigaciones según tengan por objeto el derecho privado y público, más precisamente, según la materia concreta a que se dedican; se los llama, en tal caso, civilistas, penalistas, laboristas, procesalistas, etc., con referencia a la rama del derecho a la que prestan su atención.

1.2. Teoría General del Derecho

En el pensamiento de Merkel, la Teoría General del Derecho contiene los principios comunes a las diversas ramas de un ordenamiento jurídico determinado, cada una de las cuales constituye un sector del derecho. El objetivo es elaborar una teoría general común a todas ellas, como un producto lógico de sus partes.

Hay otra visión, en la que podemos citar a Austin y la jurisprudencia analítica, que sostiene que la Teoría General del Derecho elabora principios, conceptos y distinciones comunes a diversos sistemas jurídicos; no trabaja con un único ordenamiento jurídico determinado, sino que sus principios comunes son extraídos de la comparación y confrontación entre distintos sistemas jurídicos.

De este modo puede diferenciarse de la Dogmática Jurídica, cuyo objeto es el derecho vigente. Pero la Teoría General del Derecho, si bien ubica en éste su punto de partida, construye su objeto con aquellos elementos comunes a todas las ramas del derecho o a diferentes sistemas jurídicos, procurando estructurarlos según principios o conceptos generales unificadores; por ello se configura como una teoría formal del derecho, aunque llegue a formulaciones abstractas a partir de datos concretos que proporciona la experiencia jurídica.

En consecuencia, constituye una disciplina de base empírica, que sin interesarse por los contenidos específicos del derecho extrae sus conceptos y

principios comunes, sistematizándolos y conformando una teoría. Su estudio refiere, principalmente, a los aspectos fundamentales del derecho y los conceptos jurídicos no contingentes, es decir, a aquellos cuya presencia se encuentra en todo sistema u orden jurídico, como son norma, deber, derecho subjetivo, sanción, relación jurídica, etc.

Su objetivo central es, por tanto, prestar utilidad a las demás ciencias del derecho, en especial a la dogmática jurídica, en sus distintas expresiones particulares.

1.3. Sociología del Derecho

La Sociología Jurídica es una disciplina relativamente nueva que en los últimos años ha alcanzado un considerable desarrollo, a tal punto que, habiendo surgido como una rama de la Sociología general, actualmente se advierte un claro intento de mayor independencia de su tronco original.

Se puede señalar de un modo genérico que el objeto de estudio de la Sociología del Derecho lo constituyen las relaciones existentes entre el derecho y la sociedad. Pero como se verá, ésta no es la única disciplina que estudia el derecho en cuanto fenómeno social, también lo hacen, por ejemplo, la Antropología Jurídica, la Historia del Derecho, etc., por lo que se hace preciso establecer de qué modo o en qué sentido estudia esas relaciones.

La Sociología del Derecho estudia el derecho en acción, es decir, el conjunto de normas jurídicas eficaces, aquellas que los destinatarios cumplen y los jueces aplican. Pretende mostrarnos el comportamiento de los hombres frente a las normas jurídicas (que muy frecuentemente será diferente del que esperaba el legislador).

Pero aquí no se limita su estudio; no considera solamente el derecho en acción, sino también el proceso de formación del derecho, tratando de establecer sus orígenes y las razones de su manifestación (en el sentido de su causa). Entonces, por un lado se ocupa de los comportamientos humanos en relación con las leyes que los regulan, y por otro, de las causas que dan origen al derecho y sus transformaciones a efectos de explicarlas causalmente. Asimismo, indaga sobre la función social de normas e instituciones jurídicas y sobre los efectos que el derecho produce en la sociedad; se preocupa no sólo de las normas que rigen las conductas de los hombres y los hechos sociales relevantes al derecho, como hemos visto, sino también de los valores, las ideologías, etc., en cuanto factores subyacentes en la realidad social y de interés a su objeto de estudio.

Las investigaciones sociológico-jurídicas revisten gran importancia y utilidad tanto para el legislador –para quien es indispensable conocer cómo se comportan los hombres en determinado momento histórico para que su posterior creación (la ley) logre tener eficacia–, como también para el jurista

(doctrinario), quien necesita informarse acerca de la recepción por los individuos y grupos sociales de las normas que ya tienen existencia para, en su caso, proponer las modificaciones que se estimen pertinentes.

1.4. Lógica Jurídica

Manuel Atienza, luego de la advertencia acerca de que no existe un concepto claro de «lógica jurídica», por la distinta utilización que se le ha dado en el ámbito del derecho, acota su significación de un modo sintético pero de gran contenido, como puede apreciarse en el texto que reproducimos:

En un sentido muy amplio, la expresión lógica sirve para indicar tanto el conjunto de las reglas del pensamiento y de la forma de actuar como el estudio de éstas; así, habría tanto una lógica-arte (o técnica) como una lógica-ciencia. En un sentido estricto, la lógica se identifica con la lógica formal o deductiva, entendiendo por tal el estudio de las relaciones de deductibilidad entre proposiciones. Cabe todavía un sentido intermedio que hace coincidir la lógica con la práctica y el estudio de la argumentación, incluyendo tanto los argumentos lógico-deductivos como, sobre todo, los argumentos retóricos (Manuel Atienza: op. cit., pág. 304).

Los dos últimos sentidos expresados por el autor constituyen los aportes relevantes que desde dos vertientes efectúa la lógica sobre el derecho: en cuanto lógica formal aplicada y respecto de la teoría de la argumentación jurídica. El primer sentido muestra, en nuestro tiempo, que la lógica con relación al derecho ha adquirido gran significación en virtud de la importancia que ha cobrado una reciente rama de la lógica formal que recibe el nombre de lógica deóntica o lógica de las normas, no sólo jurídicas sino también las demás normas de conducta, como las morales, las del trato social, etc. Además del análisis lógico de las normas, este tipo de lógica también refiere a los sistemas normativos, permitiendo esclarecer conceptos fundamentales del derecho como los propios de norma y sistema, propiedades de los sistemas, contradicciones normativas, etc.

Junto a la lógica deóntica se suele ubicar la lógica de los juristas, que se distingue de la primera en el sentido de que su objeto, como bien surge de la última parte de la cita que se acaba de transcribir, refiere no ya precisamente al razonamiento lógico deductivo sino al que se realiza a través de la retórica y los procedimientos propios de la teoría de la argumentación en el acto de aplicación normativa, especialmente en aquellos casos denominados «casos difíciles» o no rutinarios. Este tipo de argumentación emplea a la lógica formal deductiva, incluyendo la lógica deóntica pero, en ocasiones, el razonamiento lógico silogístico resulta insuficiente; de allí que sea nece-

sario ampliar el concepto de lógica para incluir todos aquellos razonamientos argumentativos (retóricos o dialécticos, por ejemplo, en las concepciones de Perelman y Viehweg), especialmente en orden a la decisión jurídica.

1.5. Informática Jurídica

La Informática Jurídica nace en Estados Unidos a partir de 1949 en miras a permitir la revisión de sentencias, propósito ligado íntimamente a las características propias del sistema del *common law*. «Informática» es una palabra de origen francés que constituye la abreviatura de la expresión información automática, término elocuente para identificar la informática jurídica con el uso en el campo del derecho de técnicas de almacenamiento o archivo y recuperación automática (por medio de ordenadores) de la documentación jurídica, sea ésta legislativa, jurisdiccional o doctrinal.

El uso de las computadoras significa para el derecho una revolución comparable en algún sentido con la Revolución Industrial, por cuanto ésta supuso que la máquina sustituiría al hombre en una serie de trabajos físicos, mientras que la revolución informática utiliza los ordenadores para resolver problemas de documentación jurídica.

Lo que hoy se entiende por Informática Jurídica consiste en el tratamiento electrónico de datos utilizando la computadora, por ejemplo, para obtener información sobre un determinado problema jurídico, a partir de haberse constituido un almacenamiento de datos determinados. Asimismo, la informática presta importante apoyo a quienes mediante el uso de la estadística y el análisis matemático se proponen extraer conclusiones con fines jurídicos, como las efectuadas por aquellos que realizan Análisis Económico del Derecho.

Por último, hay quienes otorgan a la Informática Jurídica relevancia futura en la teoría de la decisión de modo de lograr modelos matemáticos –a partir del análisis lógico– que sean capaces de atribuir una consecuencia jurídica a determinada situación de hecho, sustituyendo de este modo la figura del juez o decisor, tarea ésta que aún se encuentra en ciernes.

1.6. Historia del Derecho

Es la parte especial de la Historia General que se ocupa del estudio del desenvolvimiento del derecho, no necesariamente circunscripto espacial y temporalmente. Sintéticamente, es la ciencia que estudia el progreso, el desenvolvimiento o evolución del derecho.

Existe una distinción, ya clásica, entre historia externa e interna del derecho. La primera hace referencia a las tradicionalmente denominadas fuentes

formales del derecho y a las circunstancias político-sociales que las determinaron; mientras que la historia interna del derecho trata de la vida y transformación de las instituciones jurídicas.

Los dos aspectos están íntimamente vinculados: la historia externa es como una historia de la legislación. Se requiere como tarea previa y necesaria para el estudio de la historia de los institutos e instituciones particulares, lo que constituye la historia interna del derecho.

Respecto de la orientación que pueden tener los estudios históricos del derecho, como señala Miguel Reale, diremos que:

La Historia del Derecho se puede desarrollar en tres planos mutuamente relacionados: el de los hechos que explican la aparición de las soluciones normativas y las mutaciones acaecidas en el ordenamiento jurídico dando particular relieve al problema de las fuentes del derecho; el problema de las formas técnicas con que se revisan tales soluciones normativas mediante la constitución de modelos institucionales; el de las ideas jurídicas que actúan como fines en las modificaciones realizadas en las fuentes y en sus modelos normativos (Miguel Reale: Introducción al derecho, Pirámide, Madrid, 1988, pág. 239).

1.7. El Derecho Comparado

El método comparativo fue utilizado para descubrir la ley que gobierna la evolución de los derechos; posteriormente, se lo usó como instrumento de política legislativa, para proporcionar sugerencias para la redacción de los nuevos códigos y leyes; por tal motivo este método quedó limitado para el tratamiento de los sistemas de la misma familia jurídica.

Ya en el siglo xx, con el aumento de las relaciones internacionales, fundamentalmente de tipo comercial y económico, el uso del método comparativo estaba guiado por aspiraciones de unificación legislativa y armonización de los sistemas con el objeto de facilitar las relaciones entre las naciones.

El derecho comparado consiste en el estudio comparativo tanto de diferentes instituciones de un mismo sistema jurídico como de diferentes ordenamientos jurídicos de distintos lugares, a los fines de determinar sus elementos comunes y distintivos, de entender su evolución, como también para elaborar criterios para su reforma y perfeccionamiento.

El importante desarrollo que esta disciplina tuvo en el siglo xx ha sido motivado por el aumento progresivo de las relaciones internacionales y la necesidad de armonizar los distintos sistemas jurídicos para facilitarlas.

En nuestros días, el Derecho Comparado constituye uno de los campos de investigación más importantes porque, a través del estudio comparativo de instituciones y sistemas de diferentes países y épocas, propicia un más amplio conocimiento y acercamiento entre los distintos pueblos; también

brinda elementos útiles para la interpretación jurídica y para el derecho que está en elaboración, contribuyendo a la progresiva unificación del derecho en el mundo.

Creemos oportuno hacer la salvedad que el derecho comparado no es un mero cotejo de textos, ya que erróneamente puede pensarse que el método comparativo se reduce a la simple comparación de instituciones o sistemas jurídicos pertenecientes a diferentes pueblos y épocas. Si así fuera, esta disciplina tendría una utilidad relativa si de esa comparación no se extrajeran conclusiones teóricas o prácticas.

Muy por el contrario, el material del que se vale el derecho comparado no se reduce, por ejemplo, al cúmulo de códigos y leyes de los diversos estados, sino que el método comparativo toma en consideración, a los fines de su estudio, elementos condicionantes como son las estructuras sociales y políticas de cada uno de ellos, y también las razones ideológicas que pueden dar diferente significado a las palabras de los textos legales.

1.8. La Antropología Jurídica

También llamada «Etnología Jurídica», estudia la experiencia jurídica de los pueblos primitivos, de los derechos primitivos o, como lo enuncia Mair, analiza los derechos de los «pueblos de tecnología sencilla», ya sea que pertenezcan a una época pasada o actual.

La importancia de esta disciplina radica en la búsqueda de los fundamentos antropológicos que indican el papel relevante que el derecho juega en la evolución y progreso de las sociedades. En la actualidad esta ciencia se aplica al análisis de pueblos o etnias que mantienen culturas o rasgos culturales «primitivos», para determinar la interrelación de sus culturas propias con las normas de sistemas estatales pluralistas con los que se encuentran vinculados, incluso por pertenecer al mismo espacio geográfico de vigencia de dichos ordenamientos estatales, con los que las normas «primitivas» pueden entrar en colisión en razón de sustentarse en valores jurídicos y morales diferentes.

1.9. La Psicología Jurídica

Es ésta una disciplina que puede considerarse reciente, que aún no ha alcanzado su total grado de desarrollo. Se dedica al estudio del comportamiento humano y como saber al servicio del derecho, por medio de la psicología experimental; aplicada a problemas puntuales, trata de facilitar y mejorar el funcionamiento del derecho.

La Psicología Jurídica reviste mayor importancia y utilidad en el campo del Derecho Penal, más precisamente en materia de criminología, con la psicología criminal (que forma parte de ésta). Por ejemplo, con los estudios de la personalidad del delincuente, de las sanciones penales que se estiman adecuadas para ciertos delitos, etc.

1.10. La Teoría Económica del Derecho

El «análisis económico del derecho» es una concepción que tuvo su origen en la segunda mitad del siglo pasado en la universidad norteamericana de Chicago; constituye un movimiento de fuerte contenido neoliberal, que pretende imponer al conocimiento del derecho el método analítico y técnicas propias de las ciencias económicas, habiéndose llegado a formular una teoría del derecho con aspiraciones de extenderse a la totalidad de la problemática jurídica.

En Europa, aunque también con ideología neoliberal, pero intentando una versión acorde con los postulados social-democráticos imperantes, surgió en paralelo, en la universidad alemana de Friburgo, una corriente económica similar conocida como la «Escuela de Friburgo».

La metodología en uso consiste en aplicar al conocimiento del derecho procedimientos como los cálculos de costos y beneficios, cálculos estadísticos y matemáticos, las teorías de los juegos llevadas a las decisiones jurídicas, etc. Propone criterios de eficiencia como posibilitadores del mejoramiento de la vida social, aspecto donde la crítica cobra singular fortaleza rechazando que criterios económicos puedan incidir en valores que no admiten mensuras de esa índole, como la vida, la libertad, la posesión de trabajo, etc., que aparecen como exigencias éticas para el ideario ético-jurídico de un derecho basado en la persona humana.

2. FILOSOFÍA DEL DERECHO

La Filosofía del Derecho tiene por objeto la indagación sobre los interrogantes filosóficos del derecho, que han variado en la historia del pensamiento y reciben diferentes respuestas según sea la perspectiva escogida por los diferentes autores.

No pretendemos hacer un desarrollo exhaustivo de los problemas que se plantea la Filosofía del Derecho, lo que nos obligaría a exponer en extenso las numerosas teorías al respecto, objetivo que no parece corresponderse con este texto; nos proponemos reseñar sólo los grandes temas, las principales preocupaciones que la Filosofía del Derecho se propone desentrañar.

Como ocurre con la Filosofía General, dado el pluralismo existente en quienes la cultivan, es posible encontrar concepciones diversas que, a partir de distintos supuestos, amplían o reducen el campo de la reflexión filosófica. Sin embargo, existe cierto consenso en cuanto al contenido de la Filosofía del Derecho, respecto de que sus interrogantes principales acerca de la problemática jurídica refieren a la cuestión del ser o del concepto del derecho, al problema del conocimiento y al problema de los valores, de los que se ocupan las disciplinas correspondientes, con independientes enfoques metodológicos y conceptuales.

2.1.El problema del ser o del concepto del derecho

(Ontología Jurídica o Teoría del Derecho)

La primera preocupación del filósofo jurídico es generar un concepto del derecho, de carácter totalizador, que permita incluir todos los resultados proporcionados por las diferentes ciencias jurídicas particulares.

En tal sentido, constituye una indagación de lo que es el derecho en sentido universal, abrazando todos los sistemas jurídicos posibles en la tentativa de delimitar el marco conceptual del derecho.

Las respuestas van desde una consideración metafísica –que busca el ser del derecho más allá de la experiencia– hasta otra concepción basada en una ontología entendida como lo hace Ferrater Mora, citado por Atienza:

Toda investigación –compuesta primariamente de análisis conceptual, crítica y propuestas o elaboración de marcos conceptuales– relativa a los modos más generales de entender el mundo, esto es, las realidades de este mundo.

Concretamente, en nuestro caso, a los modos más generales de entender el derecho mediante su indagación conceptual.

2.2. El problema del conocimiento del derecho

(Epistemología Jurídica o Teoría de la Ciencia Jurídica)

Trata los tipos de conocimiento científico que se pueden desarrollar sobre el derecho así como sobre los métodos aplicables para el logro de ese conocimiento. Es una indagación básica que sirve de apoyo para una construcción filosófica del derecho, que abarca un análisis crítico de las posibilidades del conocimiento jurídico e inclusive acerca de si es viable considerarlo un conocimiento científico.

2.3. El problema de los valores del derecho

(Axiología Jurídica o Teoría de la Justicia)

La Axiología es la disciplina que estudia, con sentido de totalidad sistemática, la teoría de los valores. Su tema principal es la indagación sobre cómo debe ser el derecho, su justificación, sus fines, los diferentes sistemas de valores, los principios fundamentales del sistema jurídico; en suma, los problemas éticos que el derecho plantea y la inserción de la dimensión moral en un orden jurídico determinado.

Como se advierte, del contenido temático señalado, la Teoría de la Justicia asume frente al Derecho Positivo una función crítica acerca de los valores que lo sustentan, al mismo tiempo que propone la evolución y transformación de las concepciones sobre los mismos que conduzcan al progreso social.

3 Órdenes normativos de la conducta humana

1. LA PERSONA HUMANA. SU DIGNIDAD

La persona humana integra la sociedad y participa de su estructura jurídica. Es un sujeto de derecho como tradicionalmente se la denomina. El Código Civil y Comercial la considera en el Libro Primero, Parte General, Título I, a partir del art. 19, que establece que su existencia comienza con la concepción, se haya generado en el vientre o fuera implantado en la mujer, pudiendo adquirir derechos y obligaciones, con la condición irrevocable del nacimiento con vida (art. 21 ccyc).

El art. 51 ccyc establece que «la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto a su dignidad». Esta definición legal tiene sus raíces en una concepción filosófica que entendemos bien representada en la antigüedad por Boecio, filósofo y político romano (480 a 524), que la definiera a partir de una ontología clásica como «sustancia individual de naturaleza racional», presentando elementos comunes con otros seres (su naturaleza física), al mismo tiempo que una dimensión que le es privativa (la racionalidad).

Tanto desde el cristianismo como desde la filosofía kantiana, se ha puesto énfasis también en la dimensión ética de la persona humana, destacando la idea de finalidad que la constituye. En este sentido la persona es un fin en sí misma, tiene un fin que cumplir por su propia determinación y de ello deriva su dignidad, entendiendo por digno lo que vale por sí mismo; de allí se infiere que la persona humana no puede ser mero medio ni instrumento utilizado por otro aunque se trate de la totalidad del grupo social.

1.1. Libertad y responsabilidad

La dignidad de la persona supone su libertad para optar por un proyecto de vida intransferible y único en un amplio marco que el derecho debe garantizar. Pero como la persona se realiza en la sociedad, inmersa en estructuras normativas, su accionar puede verse limitado por éstas, configurándose la libertad jurídica que, en cuanto tal, está delimitada por tales normas.

La libertad aparece, entonces, como el supuesto de toda normación al mismo tiempo que se encuentra limitada por ésta. Así, la persona humana, en cuanto destinataria de la disposición contenida en una norma jurídica, tiene ante sí una doble posibilidad, debe optar entre cumplirla o incumplirla. En el primer caso adecuará su obrar a la regulación normativa; en el segundo transgredirá, no realizará la conducta debida, emergiendo en este momento su responsabilidad.

La responsabilidad, como derivación de aquella libertad, implica que la persona debe hacerse cargo de las consecuencias negativas que ha provocado con su acto en los derechos de otro.

2. LA ACCIÓN HUMANA

El objeto de toda regulación jurídica es la conducta humana. El derecho se refiere sólo a conductas, al obrar del hombre en cuanto sujeto de regulación jurídica.

Algunos autores asignan a la acción humana la característica de ser un tramo de la conducta, y entienden que la primera es un simple acto mientras que la segunda denota una sucesión de éstos que conformaría un comportamiento de mayor permanencia. Sin embargo, a los fines de nuestra disciplina, cuando hablamos de acto, acción humana, conducta o comportamiento, podemos hacerlo en forma indiferenciada o, más claramente, como sinónimos.

2.1. Aspectos

La acción humana puede ser vista desde dos aspectos, interno y externo, que conforman una unidad indivisible. El aspecto interno es la afirmación de la voluntad que se propone un fin y elige los medios para llevarlo a cabo, motorizando la causalidad para lograr el resultado propuesto.

El aspecto externo es la manifestación objetiva de la conducta. La modificación de la realidad en cuanto productora del resultado esperado.

Dado el carácter de unidad de la acción humana a que ya nos hemos referido, no hay conducta que no reúna ambos aspectos simultáneamente. No la habría si faltara la exterioridad, ya que en tal caso estaríamos frente a un mero pensamiento o a una intención no manifestada.

Correlativamente, tampoco puede hablarse de acción humana respecto de un hecho exclusivamente externo, porque se trataría de la mera manifestación física de un ente biológico, por ejemplo, el palpitar del corazón o el proceso digestivo o respiratorio. También habría sólo exterioridad en los hechos producidos mediante sonambulismo, hipnotismo o carencia de razón,

que pueden ser eventualmente objeto de regulación jurídica en el sentido de que, precisamente, la falta de interioridad puede derivar en la exclusión de la punibilidad de una persona que ha realizado un hecho descrito como delictivo bajo los efectos, por ejemplo, de la hipnosis.

3. NORMAS DE CONDUCTA. CARACTERES Y CLASIFICACIÓN

Como señalamos, el objeto de la regulación jurídica es la conducta humana. Pero ésta no está reglada exclusivamente por el derecho, sino que existen otros sistemas normativos que concurren a regularla, dirigirla, encauzarla, entre los cuales se establecen relaciones y conexiones que luego veremos.

Podemos definir a una norma de conducta como toda regla destinada directamente a regular el comportamiento humano.

La persona humana como único ser capaz de realizar comportamientos, en su carácter de ser personal y social, se encuentra sometido a los siguientes complejos normativos:

- normas religiosas;
- normas morales;
- normas jurídicas;
- normas del trato social o convencionalismos sociales.

La actividad humana también está regida por otras «normas», que son reglas del arte o principios de la habilidad que indican o muestran los medios que son necesarios poner en práctica para conseguir del mejor modo un determinado fin, como por ejemplo, la construcción de un edificio. Éstas son las llamadas reglas técnicas que pueden distinguirse de las otras normas enunciadas precedentemente a las que suele llamarse normas éticas, en función del diferente punto de vista con el que enfocan a la conducta humana, o sea, el de la técnica y el de la ética. Hecha esta distinción, dejamos por ahora a las reglas técnicas sobre las que luego volveremos.

Las normas de conducta se caracterizan por tener como finalidad inmediata provocar determinados comportamientos en los destinatarios, a partir de establecer una conducta como debida. De modo que toda norma de conducta implica un «deber ser», es decir, indica o establece como debida una entre varias posibilidades que se ofrecen a la conducta libre.

3.1. Comparación con las leyes físicas

Las leyes físicas o naturales son aquellos juicios enunciativos cuyo fin es describir las relaciones constantes que se dan entre los fenómenos de la naturaleza. Un ejemplo de ley física es: «El punto de ebullición del agua se produce a los cien grados centígrados de temperatura».

Como dijimos, las leyes físicas describen relaciones necesarias entre fenómenos naturales, las normas de conducta prescriben conductas como debidas. La ley física denota, enuncia, describe, muestra lo que es en la naturaleza; la norma de conducta expresa lo que debe ser en la conducta del hombre.

Al ser el fin de la ley física describir los fenómenos naturales, el hecho de que una determinada ley no se cumpla en la realidad la torna inválida, no sirve, es desechada. Sin embargo, como una norma de conducta no enuncia lo que es sino lo que debe ser, si ese deber ser no se cumple en la realidad o, dicho de otro modo, esa norma es violada, no perderá su validez por cuanto toda regulación de la conducta humana se asienta en el presupuesto de la libertad del hombre en tanto opción entre violación y obediencia.

Una ley física es verdadera cuando los hechos de la experiencia la confirman, es decir, cuando los fenómenos que describe su enunciado ocurren realmente, son corroborados empíricamente. Una norma de conducta no es susceptible de ser calificada como verdadera o falsa simplemente porque no enuncia lo que es sino lo que debe ser y, como se dijo, parte del presupuesto de la posibilidad de su incumplimiento. De allí que más precisamente debemos hablar de validez o invalidez normativa, como luego veremos.

3.2. Comparación con las reglas técnicas

Decíamos que las reglas técnicas son aquellas que muestran los medios que son necesarios poner en práctica para el logro de determinados fines.

Hay divergencia en la doctrina respecto de la consideración o no de las reglas técnicas como auténticas normas. Sostenemos, como Giorgio del Vecchio, que las normas de conducta se distinguen netamente de estas reglas que simplemente muestran la forma más conveniente de alcanzar determinado fin, sin establecer ningún deber ni conducta como obligatorio.

Sólo a veces la aplicación de una regla técnica es obligatoria, pero en estos casos el carácter obligatorio no deriva de la regla misma sino de una norma jurídica; por ejemplo, el ingeniero civil que celebra un contrato por el cual asume la construcción de un puente se obliga a seguir las reglas técnicas propias de su profesión, derivando su deber del contrato celebrado, no de las reglas técnicas; o de una norma moral, como aquella que prescribe obrar con diligencia y cuidado.

De modo que las reglas técnicas no imponen deberes -como sí lo hacen las normas de conducta-, sino que sugieren que para alcanzar un resultado satisfactorio se sigan determinados pasos, caso contrario, el fin perseguido no se realizará.

3.3. Juicios de realidad y juicios de valor

Como refiere Miguel Reale, juicio es el acto mental por el que atribuimos, con carácter de necesidad, cierta cualidad a un ser.

Lo que identifica a un juicio es el carácter de necesidad del nexo entre el sujeto y el predicado, o sea entre el ser y la cualidad. Dicho nexo puede ser de dos tipos: indicativo o imperativo.

Indicativo, por ejemplo, la ley de gravedad, que explica (indica) el fenómeno de la gravitación de los cuerpos estableciendo relaciones necesarias entre diferentes hechos. La explicación se hace mediante el verbo copulativo ser:

Dado A es B.

Imperativo, por ejemplo, una norma jurídica o moral enuncia una conducta como debida a partir de haber reconocido un valor como razón determinante de ese comportamiento. La prescripción se hace mediante el verbo copulativo deber ser:

Como es fácil de advertir, en el primer caso nos referimos a los llamados juicios de realidad, mientras que en el segundo a los juicios de valor.

En toda norma de conducta existe un juicio de valor sobre el comportamiento que prescribe como debido, una toma de posición axiológica.

El tema puede desarrollarse en otro plano, no ya como lo hicimos al mencionar un deber ser de carácter axiológico. Kelsen lo hace en el plano lógico refiriéndose a dos categorías: la imputación, propia de las normas imperativas, y la causalidad, propia de los fenómenos de la naturaleza.

La característica de la imperatividad es esencial a lo normativo, en virtud de que el sujeto se relaciona con el predicado por una relación de imputación, en este caso el deber ser es de carácter lógico, como ya lo desarrollaremos con más precisión en el Capítulo IV.

En una ley física, por el contrario, existe un juicio descriptivo de la realidad en tanto ése es precisamente su fin, siendo la causalidad lo que determina la relación entre los fenómenos.

4. DERECHO Y MORAL

Derecho y moral son dos sistemas normativos de la conducta humana. Se trata de un tema complejo que desde la antigüedad preocupa a juristas y filósofos del derecho, habiéndose abordado su caracterización, distinción o identificación y relaciones desde muy diversos puntos de vista.

El autor español Eusebio Fernández, en una interesante síntesis, enuncia al menos tres tesis respecto de la vinculación entre derecho y moral, según se los identifique, se los separe o se los relacione.

La primera posición sostiene que derecho y moral se confunden al tiempo que se da una total subordinación del primero con respecto a la segunda, de modo tal que no cabe la posibilidad de concebir normas jurídicas contrarias a la moral. Como nos describe ese autor, la moral sería el círculo exterior y el derecho el círculo interior. El derecho es una parte de la moral.

Las normas jurídicas serían una parte de las normas morales o, dicho de otra manera, son exigencias morales que importan a la convivencia, dotadas de coactividad.

La segunda tesis es contraria a la anterior en el sentido que sostiene una separación tajante entre ambos órdenes normativos. Una norma jurídica no tiene que ser necesariamente moral, ni viceversa, no se trata de criterios normativos contradictorios sino sólo independientes.

Este modelo encuentra su expresión, por ejemplo, en el positivismo jurídico de Kelsen quien defiende una absoluta separación entre la moral y el derecho, no haciendo depender la validez de las normas jurídicas de una correspondencia con el orden moral; tampoco acepta puntos de conexión entre ambos órdenes, al extremo de haber concebido a la moral como un ingrediente espurio del que debe ser purificada la ciencia del derecho.

Finalmente, la tercera tesis, que es la que nos parece más acertada, la sostiene el citado autor español en estos términos:

El contenido del derecho tiene una clara dependencia de la moral social vigente, de la misma forma que toda moral social pretende contar con el refuerzo coactivo del derecho para así lograr eficacia social. Las Constituciones suelen apelar a conceptos como justicia, libertad, dignidad humana o derechos fundamentales, que tienen un fuerte componente ético. Quizá esto no pueda ser de otra manera y de ahí que sea conveniente llamar la atención para evitar la confusión entre la Moral y el Derecho... La tesis que aquí se mantiene es la de la necesaria distinción entre la Moral y el Derecho, en ningún caso separación tajante, acompañada de una serie de conexiones empíricas muy relevantes... La distinción entre Derecho y Moral no debe dificultar el esfuerzo por constatar las conexiones entre ambas normatividades en la cultura moderna, ni la lucha por la incorporación de criterios razonables de moralidad en el Derecho, ni tampoco la crítica desde criterios de moralidad al Derecho válido (Gregorio Peces Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís: Curso de Teoría del Derecho, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales SA, Madrid-Barcelona, 1999, pág. 67).

Sin duda, esta tercera tesis es la que prevalece en las sociedades occidentales, pluralistas y democráticas.

4.1. Caracteres distintivos

Habiendo tomado posición con respecto a las conexiones que guardan el derecho con la moral, enunciaremos ahora algunos criterios de distinción entre ambos.

Moral y derecho pueden distinguirse:

4.1.1. En razón del objeto

Este criterio de distinción tiene su antecedente en una de las doctrinas de Kant, al explicar el concepto de «voluntad pura».

Una conducta es moralmente válida si concuerda, no sólo en lo exterior en la manifestación de ella, sino también y fundamentalmente en lo interior, con la norma moral. Lo determinante de un acto moral es el elemento interno. En cambio, en el derecho, sin perjuicio de que la interioridad del sujeto cuenta en ciertas ocasiones, la exterioridad de la acción humana es la que determina si la conducta del individuo es o no conforme a derecho.

4.1.2. En razón del fin

Tradicionalmente se sostiene que la moral tiene como objetivo el perfeccionamiento del hombre, mientras que el derecho tiene por fin exclusivo el bienestar general o social. Hoy se entiende a la moral en una doble dimensión, no hay sólo una ética privada o subjetiva que está compuesta por reglas morales de carácter personal y refiere a la perfección individual, sino también una ética pública, social o positiva –que son las normas morales de un grupo en un momento determinado– que refiere al bienestar social, la justicia, la felicidad, etc., con criterio de generalidad.

4.1.3. En razón de la autonomía o heteronomía

Otra de las doctrinas de Kant, la de la autonomía de la voluntad, dio origen a la presente distinción.

La norma moral es autónoma porque la voluntad del sujeto obligado es determinante en cuanto sólo personalmente puede decidir su adhesión a la norma moral, requiriéndose su asentimiento para su realización.

La norma jurídica es heterónoma porque el precepto emana de una voluntad diferente de la del sujeto obligado, cuya opinión o consentimiento acerca del contenido de la norma carece de relevancia.

4.1.4. En razón de la unilateralidad o bilateralidad

Las normas morales son unilaterales porque frente al sujeto obligado por la norma no hay otro autorizado a exigirle el cumplimiento. Son normas sólo imperativas porque únicamente imponen obligaciones sin conceder derechos a un tercero.

Las normas jurídicas son bilaterales porque frente al obligado jurídicamente siempre hay otro sujeto facultado para exigirle el cumplimiento del deber jurídico. El derecho impone deberes correlativos de derechos y, viceversa, concede facultades correlativas de obligaciones, por ello son normas imperativo-atributivas.

4.1.5. En razón de la incoercibilidad o coercibilidad

Este criterio diferenciador es quizá uno de los más importantes, que consiste en la posibilidad de imposición coactiva, de cumplimiento no espontáneo de la norma e incluso en contra de la voluntad del individuo obligado.

La moral es incoercible, es decir, si el cumplimiento del precepto moral no se da espontáneamente, su imposición no será posible.

El derecho es coercible, o sea, existe como amenaza la posibilidad de ejercer coacción ante el incumplimiento de una norma jurídica.

Es importante la aclaración que formula Giorgio del Vecchio respecto de los términos «coacción» y «coercibilidad». Coacción es la acción que se ejerce sobre una o varias personas para constreñirlas a obrar de determinada manera. Coercibilidad, en cambio, es la posibilidad jurídica de la coacción, o sea, es coacción en potencia.

4.1.6. En razón de la sanción

Es ésta otra distinción importante. En la moral existen sanciones por el incumplimiento de sus imperativos, pero tienen más bien un carácter interno o subjetivo, carecen de la posibilidad de recurrir a la fuerza física –que sí existe en el derecho– y no están institucionalizadas.

En el derecho la sanción tiene un carácter externo, está institucionalizada y preestablecida claramente en las normas del sistema.

5. CONVENCIONALISMOS SOCIALES

Las también llamadas reglas del trato social, reglas de cortesía, normas de urbanidad o usos sociales constituyen, como se anticipó, otro de los grupos de normas de conducta que regulan los comportamientos humanos y consisten en pautas de trato que tienden a hacer la convivencia más agradable.

Estos preceptos son en la generalidad de los casos exteriorizados en la costumbre y, al ser producto de la cultura de una determinada comunidad, evolucionan y mutan a través del tiempo. También puede hacerse una distinción entre los usos que son de aplicación general a todos los miembros de una comunidad (como el saludo cortés o la moda) y otros usos que tienen un ámbito de aplicación restringido a determinado círculo de la sociedad (como las reglas de protocolo en las relaciones diplomáticas).

Mucho se ha debatido en la doctrina en torno de la posibilidad de distinguir conceptualmente las normas jurídicas de las reglas de trato social. Reseñaremos sintéticamente las principales tesis respecto de esta polémica.

6. DOCTRINAS QUE NIEGAN LA POSIBILIDAD DE DISTINGUIR AMBOS SISTEMAS NORMATIVOS

6.1. La tesis de del Vecchio

Sostiene que la conducta humana está regulada solamente por dos órdenes normativos: la moral, a través de normas imperativas unilaterales, y el derecho, con sus normas imperativo-atributivas bilaterales.

Sin perjuicio de ello, refiere el jurista italiano, se encuentran con frecuencia preceptos que no tienen una naturaleza definida, ya que en ciertas ocasiones se parecen a la moral y en otras al derecho. Estos preceptos, cuando tienen una formulación unilateral que establece deberes sin conceder facultades, caen en el ámbito de la moral; cuando su formulación se hace mediante una bilateralidad atributiva, estamos en presencia de una norma jurídica.

En consecuencia, para este autor, los convencionalismos sociales no constituyen una categoría especial de normas diferentes de las morales o las jurídicas, sino que pertenecen a la moral, en cuanto no facultan a nadie a exigir su cumplimiento, o al derecho, cuando obliguen y también facultan.

6.2. La tesis de Radbruch

Este autor alemán sostiene que no es posible hacer una distinción conceptual entre las normas jurídicas y los usos sociales. El derecho tiene con los convencionalismos una conexión, no de orden lógico, sino histórico, en el sentido de que las formas de trato social son la base histórica de la que surgen tanto el derecho como la moral. Como señala García Maynez, para este autor los convencionalismos sociales se constituyen como una etapa embrionaria del derecho o, por el contrario, como una degeneración de sus preceptos.

7. DOCTRINAS QUE DISTINGUEN AMBOS SISTEMAS NORMATIVOS

7.1. La tesis de Stammler

Rodolfo Stammler distingue las normas del derecho de las del trato social atendiendo al diferente grado de pretensión de validez que tienen unas y otras.

Las normas jurídicas tienen una pretensión de validez independiente de la voluntad del sujeto obligado, su validez es incondicional y absoluta.

Las normas del trato social, en cambio, se formulan como una invitación del grupo social hacia el individuo a comportarse de una determinada manera.

García Maynez critica esta postura sosteniendo que:

Los preceptos de la etiqueta, las reglas del decoro y, en general, todos los convencionalismos, son exigencias de tipo normativo. Quien formula una invitación deja al arbitrio del invitado la aceptación o no aceptación de la misma; quien, como legislador, estatuye deberes jurídicos, reclama, en cambio, obediencia incondicional, sin tomar en cuenta el asentimiento de los obligados ni conceder a éstos el derecho de poner en tela de juicio la justificación de los respectivos mandatos. Si los usos sociales son invitaciones, no es posible atribuirles carácter obligatorio; y, si tienen tal carácter, ilógico resulta desconocer su absoluta pretensión de validez. Ahora bien, es evidente que la sociedad quiere que sus convencionalismos sean fielmente acatados, y que tal pretensión es análoga a la del orden jurídico. Trátase, en ambos casos, de legislaciones heterónomas, que exigen un sometimiento incondicional (Eduardo García Maynez: Introducción al estudio del Derecho, Porrúa SA, México D.F., 1968, pág. 29).

7.2. La tesis de Ihering

El criterio por el cual se distinguen las normas del derecho de las de los convencionalismos sociales radica en la materia propia de unas y otras. Hay materias que por su fin pertenecen al derecho, lo mismo ocurre con los convenciona-

lismos sociales. Pero Ihering reconoce que a través de la historia el derecho puede aparecer con la materia de convencionalismos sociales, y viceversa, con lo que acepta que el criterio de distinción por él sostenido no es absoluto.

Francisco Javier Ansuátegui destaca la relatividad de este criterio de distinción:

No hay materias que por definición sean exclusivas de uno u otro conjunto de normas. Lo que en un momento histórico ha podido ser objeto de regulación por parte de reglas del trato social en otro lo es por parte de normas jurídicas. En todo caso, y con independencia de lo anterior, sí parece adecuado que determinadas cuestiones, por su nivel de complejidad o por su importancia para un concreto modelo de organización social, sean reguladas por normas jurídicas, dada, por una parte, la estabilidad que dicha regulación confiere y, por otra, la presencia del respaldo coactivo estatal tras la misma. Lo cual puede ser puesto en relación con el hecho de que el progreso y la complejidad de las sociedades humanas determinan en muchas ocasiones la conversión de antiguas reglas de trato social en normas jurídicas (G. Peces-Barba, E. Fernández y R. de Asís: op. cit., pág. 64).

7.3. La tesis de Somló

Los preceptos de uno y otro sistema normativo se distinguen en función de su origen. Las normas jurídicas tienen su origen en el Estado, mientras que los usos sociales son creación de la sociedad.

Esta tesis, al reconocer como única fuente del derecho a la ley (sosteniendo que las normas jurídicas son obra del Estado), está negando todo valor como tal a la costumbre jurídica, la que según este criterio, por emanar del seno de la comunidad, sería un mero convencionalismo social.

7.4. La tesis de Recasens Siches

El autor español propone distinguir los convencionalismos sociales no sólo del derecho sino también de la moral; formula las características propias de cada grupo de normas señalando las diferencias y los puntos en común.

Los usos sociales y las normas morales coinciden en la incoercibilidad y en que sus sanciones no tienden al cumplimiento de la norma.

Los usos y la moral difieren en que los primeros exigen una conducta fundamentalmente externa mientras que la segunda, una esencialmente interna y en la heteronomía y autonomía de ellos, respectivamente.

Los usos y el derecho tienen en común el carácter social, su exterioridad, y su heteronomía.

Más adelante analizaremos separadamente estos conceptos.

7.5. La tesis de García Maynez

Para Eduardo García Maynez la distinción radica en la bilateralidad propia de las normas jurídicas que tienen una estructura imperativo-atributiva, y la unilateralidad de las reglas de trato social que obligan pero no facultan. «Aún cuando derecho y convencionalismos coinciden en su exterioridad –expresa– siempre será posible distinguirlos en función de las otras dos notas. La regulación jurídica es bilateral y exige una conducta puramente exterior; los convencionalismos prescriben también una conducta externa, pero tienen estructura unilateral.».

8. COMPARACIÓN CON LAS NORMAS MORALES Y JURÍDICAS

La comparación entre los convencionalismos sociales y las normas morales y jurídicas puede hacerse en función de las siguientes notas diferenciales:

8.1. Unilateralidad bilateralidad

Las normas jurídicas son bilaterales en tanto imponen un deber y correlativamente facultan a otro sujeto a exigir el cumplimiento de esa obligación.

Las normas morales son unilaterales por cuanto solamente imponen deberes sin otorgar facultades.

Las normas de trato social son unilaterales porque no facultan para exigir su cumplimiento.

En este aspecto los convencionalismos sociales coinciden con la moral pero difieren del derecho.

8.2. Autonomía heteronomía

Las normas jurídicas son heterónomas porque su origen está en la voluntad de un sujeto diferente del obligado, con independencia de la conformidad de éste.

Las normas morales son autónomas porque la voluntad del obligado es determinante para su adhesión y acatamiento.

Las normas de trato social son heterónomas puesto que son exigencias que tienen su origen en el grupo social al que el sujeto pertenece, y precisamente a la esfera de ese grupo se va a restringir la vigencia de tales normas que no obligan más allá de él y lo hacen con prescindencia de la opinión de los destinatarios.

En este aspecto los convencionalismos sociales coinciden con el derecho pero difieren de la moral.

8.3. Interioridad exterioridad

Las normas jurídicas exigen que el sujeto obligado ajuste su conducta a lo prescrito en su manifestación exterior, con relativa indiferencia de cuál ha sido la voluntad del mismo.

Las normas morales exigen que la conducta del sujeto, fundamentalmente en lo interior, esté de acuerdo con ella.

Las normas de trato social sólo exigen un cumplimiento externo del contenido de las mismas.

En este aspecto los convencionalismos sociales también coinciden con el derecho y difieren de la moral.

8.4. Coercibilidad incoercibilidad

Las normas jurídicas son coercibles, son susceptibles de ser cumplidas coactivamente.

Las normas morales son incoercibles, no puede darse un cumplimiento coactivo de ellas.

Los convencionalismos sociales son incoercibles, su incumplimiento no da lugar a un cumplimiento forzado.

En este aspecto los convencionalismos sociales coinciden con la moral pero difieren del derecho.

8.5. Tipos de sanciones

Párrafo aparte merece el tema de las sanciones. Tanto las normas jurídicas como las morales, y las de trato social, están todas ellas acompañadas de sanciones. En efecto, el incumplimiento de una norma moral provoca en el sujeto una serie de sentimientos negativos como el remordimiento o el reproche social, por ejemplo, que son la consecuencia que dicho incumplimiento acarrea como sanción. Los convencionalismos sociales también están reforzados con sanciones que en muchos casos son graves, como la exclusión del grupo o la marginación, pero tampoco se trata de sanciones institucionalizadas como son las propias de las normas jurídicas.

El ya citado Francisco Javier Ansuátegui compara las sanciones del derecho con las de los convencionalismos sociales en estos términos:

Existe una presión, que puede ser más o menos difusa, en el seno del grupo social en favor de su cumplimiento, y en el caso de que se produzca el incumplimiento, se genera una reacción en contrario. Por lo tanto, hay que reconocer que aunque en este caso existan diferencias con las sanciones jurídicas, que se caracterizan por ser sanciones organizadas e institucionalizadas, las reglas de trato social también son normas reforzadas por sanciones que pueden consistir en el desprecio, en la creación de mala imagen pública, en la marginación dentro del grupo o incluso la exclusión del mismo. La no institucionalización de las sanciones propias de las reglas del trato social no es sinónimo necesario de falta de gravedad o importancia. En muchas ocasiones pueden ser sentidas como más fuertes por parte del individuo, al que le puede importar más el reproche del que es objeto por parte del grupo en el que se integra que una determinada sanción administrativa, por ejemplo (G. Peces-Barba, E. Fernández y R. de Asís: op. cit., pág. 65).

4 La estructura de la norma jurídica

1. LAS NORMAS JURÍDICAS

En el Capítulo I, al analizar diferentes perspectivas desde donde puede definirse al derecho, nos situamos en la perspectiva estructural, que ejemplificamos con el concepto kelseniano, según el cual «el derecho es un conjunto de normas coactivas». Ello nos condujo a aproximarnos a la noción de norma como expresión del lenguaje, ubicándola entre las diversas funciones del lenguaje, en la función directiva, dado que los enunciados normativos se proponen provocar comportamientos en los demás.

Dentro de las directivas, por su mayor fuerza, identificamos a las normas jurídicas como prescripciones, y analizamos los ocho elementos que componen su estructura (von Wright).

Posteriormente, en el Capítulo III, distinguimos a las normas jurídicas de otras normas, como las morales y las del trato social, así como con otras directivas, como las reglas técnicas.

En esa oportunidad, caracterizamos a las normas jurídicas como bilaterales, heterónomas, primordialmente externas y coercibles.

Estamos ahora en condiciones de profundizar en el análisis de la estructura lógica de las normas jurídicas y de examinar las concepciones de los autores que más han influido al respecto.

1.1. Norma jurídica y proposición normativa

Hemos visto que las normas jurídicas se expresan en un lenguaje normativo; cabe ahora hacer referencia a una distinción, que tiene su origen en Kelsen, entre norma jurídica y proposición normativa.

Una proposición normativa es un enunciado descriptivo que refiere a una o varias normas jurídicas. El conjunto de estos enunciados constituye la ciencia jurídica, la que describe al derecho (que está integrado por el conjunto de las normas jurídicas), precisamente, a través de proposiciones normativas. Por lo tanto, como antes referimos, las normas jurídicas son expresiones de un lenguaje (prescriptivo), mientras que las proposiciones normativas son un metalenguaje; de ello resulta que las primeras no pueden calificarse de ver-

daderas o falsas, sino de justas o injustas, eficaces o ineficaces, etc., mientras que las segundas sí, por ser, en última instancia, meras descripciones.

Una norma jurídica, por ejemplo la del art. 79 del Código Penal, se formula así: «Se aplicará prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro...». Una proposición normativa dirá: «En el derecho penal argentino, el homicidio simple es reprimido con la pena de prisión de ocho a veinticinco años».

2. ESTRUCTURA LÓGICO-FORMAL DE LA NORMA JURÍDICA

2.1. Hipótesis y disposición. Deber ser e imputación

Prosiguiendo el análisis de la norma jurídica desde un punto de vista formal, para conocer sus elementos estructurales y las relaciones entre éstos, la definiremos en el plano lógico como juicio hipotético, que podemos representar bajo el siguiente esquema:

Si es A debe ser B

Dado A debe ser B

Se trata de una fórmula que presenta una condición o hecho antecedente y una consecuencia o hecho consecuente unidos por un nexo como vínculo de imputación o atribución (deber ser o relación de imputación).

Más sintéticamente puede denominarse hipótesis o supuesto de hecho a la primera parte y disposición o consecuencia jurídica a la segunda, en todo caso ambas vinculadas mediante el nexo ya referido.

La hipótesis o supuesto de hecho se puede identificar con hechos lícitos o ilícitos.

Igualmente, la consecuencia jurídica puede ser positiva o negativa.

Hans Kelsen concibe a la estructura de la norma jurídica como un juicio hipotético que expresa un enlace específico (imputación) de una situación de hecho condicionante (transgresión) con una consecuencia condicionada (sanción); puede advertirse que para este autor la norma (primaria) aparece como la relación entre una conducta ilícita y su consecuente sanción. Dicho juicio está compuesto por los siguientes elementos:

2.1.1. Hipótesis o supuesto de hecho

El primer elemento en la estructura de la norma jurídica consiste en el entuerto, la transgresión a la norma, la conducta antijurídica, la hipótesis que condiciona la aplicación de la sanción, en fin, aquellos hechos a cuyo acaecer está condicionada la aplicación de la consecuencia jurídica.

2.1.2. Disposición o consecuencia jurídica

Es la sanción o efecto jurídico previsto en la norma, cuya aplicación se encuentra condicionada a que ocurra un supuesto jurídico determinado. La sanción es siempre un acto coactivo derivado del incumplimiento normativo.

2.1.3. Nexo

Es la cópula que vincula la hipótesis con la consecuencia y se expresa con el verbo *deber ser*.

La norma jurídica está enunciada en términos condicionales, el derecho se ocupa de la conducta que *debe ser*, por lo tanto, el nexo está expresado precisamente con el verbo *deber ser*; como dijimos, éste es el elemento que determina la relación de imputación que caracteriza a la norma jurídica porque en virtud de establecer la conducta que *debe ser*, la consecuencia (sanción) es imputada a la transgresión (hipótesis).

Veámoslo en la fórmula:

Dado A *debe ser* B

Dada la transgresión normativa debe ser la sanción al responsable

Como se advierte de la caracterización precedente, y como el mismo Kelsen lo refiere, siendo el derecho un orden coactivo de la conducta humana, la sanción es el elemento por el cual esa coacción se materializa y al mismo tiempo el que permite distinguir al derecho de otros órdenes normativos de la conducta, solo él es un orden coactivo. Si las normas son los elementos que componen el derecho, lógico será que en ellas se establezcan actos coercitivos, que sean sancionadoras. De allí la presencia en su estructura del ilícito y la sanción.

Pero si la transgresión es incumplimiento de un deber impuesto por la norma, ¿por qué este elemento (el deber) no está presente en la estructura lógico-formal de ella?

Kelsen denomina norma secundaria, respecto de la primaria que contiene la sanción, a aquella cuyo contenido es el deber, la conducta opuesta a la de la hipótesis de la norma primaria, y la considera un mero derivado lógico de ésta, irrelevante en su comprensión de la norma.

Así, por ejemplo, si la norma primaria dice: «El que matare a otro tendrá la pena de...», la norma secundaria de ésta dirá: «Se debe no matar...».

Esta formulación de Kelsen se fundamenta en que, para él, las normas jurídicas constituyen técnicas de motivación social que inducen a los hombres a comportarse de determinada manera, distinguiendo dos técnicas: de motivación directa e indirecta.

Las técnicas de motivación directa son propias de la moral, que simplemente indican el contenido de la norma, lo que se debe hacer. Por ejemplo: «Debes cumplir tus promesas», «Debes honrar a tus padres», etc.

Contrariamente, el derecho es visto por Kelsen como una técnica de motivación indirecta en tanto el comportamiento que se pretende lograr no está directamente expresado sino que se amenaza con sanciones para la conducta no querida o, eventualmente, con un premio para la deseable; de allí que, para el autor citado, la norma jurídica genuina es la que prescribe una sanción (norma primaria).

3. LA NORMA JURÍDICA COMO MANDATO U ORDEN

Según el autor inglés John Austin las normas son órdenes o mandatos formulados por el soberano a los súbditos.

Una orden es una expresión de voluntad de un soberano, es decir, una autoridad que tiene la facultad de mandar, que está dirigida a los súbditos, quienes están obligados a seguirla bajo la amenaza de un mal para el caso de incumplimiento de dicho mandato.

Según Austin, el elemento distintivo de las normas jurídicas de todo otro mandato radica en que los mandatos jurídicos tienen su origen en la voluntad del soberano.

Kelsen difiere en este aspecto con la postura de Austin en cuanto sostiene que las normas, como juicios del deber ser, carecen de una voluntad psicológica, por lo que rechaza la identificación propuesta por Austin.

En este sentido, diversos ejemplos demuestran la imposibilidad de asimilar una norma jurídica a una orden:

- existen normas, como las consuetudinarias, que no derivan de una autoridad y que, por tanto, no se encuentran enunciadas en forma de mandatos;
- las normas subsisten con independencia de la voluntad del emisor, como ocurre con el testamento cuya vigencia depende del fallecimiento del otorgante;
- tampoco puede verse voluntad psicológica real en los legisladores al dictar una ley, porque puede ocurrir que éstos, pese a participar en el acto, ignoren el contenido del proyecto.

4. REGLAS PRIMARIAS Y REGLAS SECUNDARIAS

Una de las más interesantes críticas que se le ha formulado a la tesis de Hans Kelsen ha sido la de Herbert L. A. Hart.

El profesor inglés considera que la visión de Kelsen sobre los elementos que integran la estructura de la norma jurídica aparece como limitada a aquellos enunciados que prevén sanción, contemplando al derecho exclusivamente desde el punto de vista del incumplimiento de la norma, olvidando que lo normal y habitual es que éstas sean aceptadas, acatadas y cumplidas espontáneamente por sus destinatarios.

Tampoco advierte que en el ordenamiento jurídico existe un importante número de normas que no prevé sanción, es decir, no todos los enunciados que componen el derecho tienen esa misma estructura, sino que existen otros que sólo confieren permisos o potestades. El error de Kelsen consiste en centrar su atención especialmente en las normas que establecen obligaciones o prohibiciones.

Hart acepta considerar al derecho como un conjunto de normas, pero su aporte consiste en afirmar que éstas pueden ser de dos tipos. En su obra *El concepto de derecho* así las caracteriza:

Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero o son secundarias en relación con ella. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones (H. L. A. Hart: *El concepto de derecho* [Traducción de G. Carrió], Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, pág. 101).

Entonces, Hart distingue las clases de normas jurídicas atendiendo a la diversa función que éstas cumplen en el ordenamiento jurídico, señalando que el derecho está compuesto por dos tipos de reglas:

4.1. Reglas primarias

Son aquellas que están dirigidas a provocar comportamientos en los individuos, imponiéndoles deberes de hacer u omitir ciertos actos; son normas de conducta o de comportamiento y sus destinatarios son los individuos. Por ejemplo, el art. 646 del Código Civil y Comercial de la Nación, que establece como deberes de los padres cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos, educarlo, etc.

4.2. Reglas secundarias

Son aquellas que están referidas a las primarias y que, por lo tanto, no tienen por fin directo regular los comportamientos de los individuos. Son normas instrumentales o de organización y sus destinatarios son los funcionarios de los poderes del Estado.

A su vez, las reglas secundarias se clasifican en:

- Reglas de reconocimiento: se destinan a identificar a las normas primarias estableciendo criterios de validez a partir de los cuales se puede considerar a una norma como perteneciente al ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el art. 31 de la Constitución Nacional que establece: «Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...».
- Reglas de cambio: regulan el proceso por el cual se introducen nuevas normas primarias y se modifican y expulsan las existentes, es decir, regulan la producción, modificación y derogación de las normas primarias, dinamizando así el ordenamiento jurídico. Por ejemplo: las normas establecidas en el Capítulo V, Sección Primera, Segunda Parte de la Constitución Nacional, bajo el título «De la formación y sanción de las leyes».
- Reglas de adjudicación: atribuyen y regulan la competencia de los jueces en la tarea de determinar si se ha infringido una norma primaria, es decir, regulan la aplicación del derecho. Por ejemplo, las normas establecidas en el Capítulo I, Sección Tercera de la Constitución Nacional, bajo el título «Del Poder Judicial».

5. ENUNCIADOS NO NORMATIVOS

Otra de las críticas que se han formulado a la tesis de Hans Kelsen ha sido la de los autores argentinos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin.

Como vimos, según Kelsen, el derecho está compuesto por normas coactivas. Los nombrados autores van aún más lejos, inclusive que la postura de Hart, al clasificar las normas en reglas primarias y secundarias, sosteniendo que el ordenamiento jurídico está compuesto por enunciados de diferentes tipos, algunos de los cuales ni siquiera son normas.

En efecto, en un sistema jurídico se puede encontrar:

5.1. Enunciados que prevén sanción para el caso de incumplimiento

Son las normas que establecen una conducta como debida y la correspondiente sanción para el caso de incumplimiento de la misma. Son las normas

coactivas que concibe Kelsen como el único ingrediente del derecho. Por ejemplo, el art. 79 del Código Penal que establece: «Se aplicará prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro...».

5.2. Enunciados que obligan, prohíben, facultan o permiten realizar u omitir algo, sin disponer sanciones

Son también enunciados normativos, entre los que se incluirían las reglas secundarias de Hart, que no contienen sanciones. Por ejemplo el art. 446 del ccyc, que establece el objeto de las convenciones matrimoniales que pueden realizarse antes de la celebración del matrimonio por los futuros cónyuges, como la designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, las deudas, etc. Se trata de actos facultativos cuya omisión carece de efectos sancionatorios ni modificatorios del régimen de bienes previsto en la ley.

5.3. Enunciados que no establecen ninguna conducta como obligatoria, prohibida, permitida o facultativa y que, por lo tanto, no son normas

Son enunciados meramente instrumentales, como las clasificaciones o definiciones legislativas; en consecuencia, no son enunciados normativos. Por ejemplo, el art. 141 del ccyc, que define a la persona jurídica: «Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación»; o el Art 145 del ccyc: «Clases. Las personas jurídicas son públicas o privadas». Enumerándose a continuación las personas jurídicas públicas en el art. 146 ccyc y las privadas en el art. 148 ccyc.

6. NORMAS Y PRINCIPIOS

Puede decirse que el estadounidense Ronald Dworkin es uno de los representantes más destacados en la doctrina contemporánea que reacciona contra el modelo positivista de Hart, entendiendo que el concepto que reduce el derecho a las normas es insuficiente.

Considera que el derecho no está compuesto únicamente por normas sino también, y fundamentalmente, por principios.

Los principios están por encima de las normas y pueden ser de dos tipos:

6.1. Directrices políticas

Son estándares que establecen objetivos que han de ser alcanzados, metas o propósitos sociales, económicos, políticos, etc.; son más bien propios del Poder Legislativo, ya que se suele recurrir, en ese ámbito, a éstos como argumentos que justifican las normas que crean para alcanzar dichos objetivos y pueden quizá encontrarse en las exposiciones de motivos que encabezan a algunas leyes.

6.2. Principios en sentido estricto

Son estándares que establecen ciertas exigencias de la justicia, la equidad o la moralidad objetiva; son más bien propios del Poder Judicial en el sentido que se configuran como principios que juegan un papel fundamental en la tarea de interpretación y aplicación del derecho. En el Capítulo x analizaremos en detalle la importancia que, para Dworkin, tiene este tipo de principios en la interpretación judicial.

Ambas categorías de principios se distinguen de las normas fundamentalmente:

- por el contenido: los primeros tienen un contenido intrínsecamente moral, las segundas pueden tener contenidos diversos;
- por los destinatarios: los de las normas son los individuos en general, los de los principios son los encargados de crear y aplicar las normas;
- por el modo de resolverse las contradicciones: cuando dos normas se contradicen, el conflicto se resuelve declarando a una válida según ciertas pautas como ley superior prevalece sobre norma inferior, ley posterior prevalece sobre ley anterior, o ley especial prevalece sobre ley general. Los conflictos entre principios, en cambio, se consideran como un conflicto de valores que se resuelve con un criterio de «dimensión de peso» o «balanceo» por el cual se privilegia un principio sin considerar al otro como inválido.

7. CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS SEGÚN DIFERENTES CRITERIOS

Las normas jurídicas pueden ser clasificadas atendiendo a numerosos criterios; veamos los más importantes:

7.1. Según el ámbito espacial de validez

Considera la porción de espacio en la que la norma jurídica es aplicada (cuestión que se tratará en el Capítulo VI):

- Normas de derecho interno, como las normas nacionales, provinciales y municipales.
- Normas de derecho externo, como los tratados con otros países.

7.2. Según el ámbito temporal de validez

Considera la determinación del tiempo de vigencia de la norma jurídica:

- Normas de vigencia determinada, cuando su ámbito temporal de validez está preestablecido.
- Normas de vigencia indeterminada, no tienen fijado el tiempo en que la norma va a regir, pero siempre es determinable. Si en su texto la ley no establece el día en que va a entrar en vigor, será a partir de los ocho días de la publicación, que por lo general se realiza en el Boletín Oficial, (art. 5 ccyc) y hasta que sea derogada.

7.3. Por su ámbito material de validez

Considera la índole del contenido que la norma regula y parte de la división del derecho objetivo en ramas (cuestión que se desarrollará en el Capítulo VI):

- Normas de derecho público, que a su vez pueden ser: constitucionales, administrativas, penales, procesales, etc.
- Normas de derecho privado, que a su vez pueden ser: civiles, comerciales, etc.

7.4. Por su ámbito personal de validez

Considera a los destinatarios, en el sentido de la determinación o indeterminación del número de casos que regula su enunciado:

- Normas generales, que regulan un número indeterminado de casos, como las normas del Código Civil y Comercial de la Nación o el Código Penal.
- Normas individuales o individualizadas, que regulan un número determinado de casos, como una sentencia, una ley de expropiación de un inmueble, etc.

7.5. Por su imperatividad

Considerando la posibilidad de disposición por parte de los destinatarios, pueden ser:

- Normas imperativas o de orden público, que no pueden ser dejadas de lado por disposición de los destinatarios; imperan independientemente de la voluntad de las partes, como las normas que establecen las porciones hereditarias según el parentesco.
- Normas supletorias o dispositivas, que dejan la posibilidad a los destinatarios de disponer en forma diversa de lo que ellas establecen, como el art. 1256. inc. e del ccyc, que permite en los contratos de obra convenir el tiempo en que ésta debe ejecutarse. Si los contratantes no lo hicieran, la obra deberá realizarse en el tiempo que razonablemente corresponda según su índole. Otro ejemplo puede encontrarse en el art. 1255 ccyc que regula el precio. Habitualmente es fijado por acuerdo de los contratantes, pero si éstos no lo hicieran deberá aplicarse la ley, los usos o, en su defecto, quedará librado a una decisión judicial.

En general, en materia contractual las normas del Código Civil y Comercial son supletorias porque suplen la voluntad de las partes, es decir, sólo se aplican cuando éstas no hayan previsto una disposición contractual en otro sentido, debido a que el art. 958 ccyc establece la libertad de contratación: «Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres». Coincidentemente, el art. 962 ccyc determina como regla general el carácter de las normas legales relativas a los contratos como supletorias de la voluntad de las partes.

7.6. Por el contenido de lo normado

Es lo que determina el carácter de la norma, en función de que algo deba, no deba o pueda hacerse, como se vio en el Capítulo I al analizar los elementos de las normas según von Wright. Pueden ser:

- Normas obligatorias son las que disponen la realización de un acto u omisión, como el art. 1552 ccyc referido a la donación, que establece que «deben ser hechas en escritura pública, bajo pena de nulidad, las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias». Se trata también de una norma dispositiva desde el criterio de la imperatividad que recién analizamos.
- Normas prohibitivas son aquellas que niegan o prohíben la realización u omisión de un acto, como la contenida en el art. 1546 ccyc, que prohíbe las donaciones hechas bajo la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante.

- Normas permisivas son las que simplemente facultan la realización de un acto u omisión, como el art. 1542 ccyc, que define la donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta la acepta.

7.7. Por sus fuentes

Pueden ser:

- Normas legales: emanan del Poder Legislativo (la ley).
- Normas consuetudinarias: provienen de los grupos sociales que generan una costumbre jurídica.
- Normas jurisprudenciales: surgen de las interpretaciones contenidas en los pronunciamientos de los tribunales superiores, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o de los criterios uniformes emanados de sentencias de distintos tribunales sobre la misma materia.
- Normas contractuales: son creadas por los particulares al celebrar contratos en el marco de la libertad de contratación prevista en el art. 958 ccyc, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

7.8. Por los efectos de su violación

Atendiendo a las consecuencias que acarrea su violación, las normas pueden ser:

- Normas *perfectaes*, son aquellas de cuyo incumplimiento sobreviene una sanción consistente en la nulidad del acto, sin posibilidad del restablecimiento al estado de cosas anterior a la violación de la norma.
- Normas *plus quam perfectaes*, son aquellas que además de la nulidad del acto imponen al infractor una sanción.
- Normas *minus quam perfectaes*, son aquellas cuya violación no impide que el acto produzca sus efectos, es decir, no se lo declara nulo, pero establecen una sanción para el infractor.
- Normas *imperfectaes*, son las que no establecen una sanción para el caso que la norma sea incumplida.

8. LA VALIDEZ, LA EFICACIA Y LA JUSTICIA DE LA NORMA JURÍDICA

Como afirma Norberto Bobbio, el análisis de la norma jurídica presenta tres cuestiones básicas muy interesantes, a saber: el problema de si la norma es justa o injusta, el de si es válida o inválida y el de determinar si es eficaz o ineficaz.

8.1. La validez de la norma jurídica

El problema de la validez normativa consiste en establecer si la norma existe en cuanto tal como perteneciente a un sistema jurídico positivo determinado, siendo preciso para su determinación la realización de una serie de investigaciones de carácter empírico-rationales que veremos a continuación.

Para que una norma sea válida lo debe ser tanto formal como materialmente. Una norma es formalmente válida cuando ha cumplido con dos requisitos:

- Ha sido dictada por la autoridad que tenía competencia para ello; una norma inválida en este sentido es, por ejemplo, un decreto del presidente que establece un impuesto, puesto que ello es exclusiva competencia del Congreso (arts. 4, 17 y 75 inc. 2 de la CN).
- Ha sido dictada conforme a los procedimientos establecidos; una norma inválida en este sentido es, por ejemplo, una ley que no ha sido publicada oficialmente.

Es decir, el requisito de validez formal consiste en que emane de autoridad competente y que haya sido dictada conforme con los procedimientos establecidos. Si falta alguno de ellos, la norma será formalmente inválida, por lo tanto, inexistente.

Una norma es materialmente válida cuando su contenido no sea contrario a los establecidos en una norma superior a ella. Es decir, para la validez material se requiere que su contenido no sea incompatible con el de una norma jerárquicamente superior. Una norma inválida en este sentido sería, por ejemplo, si el Poder Legislativo sanciona una norma penal que establezca que un determinado delito será reprimido con la pena de azotes o tormentos. Estaríamos en presencia de una norma sin validez en cuanto su contenido es contrario a lo dispuesto en el art. 18 de la Constitución Nacional (que es norma de mayor jerarquía) que dispone: «...Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y los azotes...».

En definitiva, para que una norma sea válida es preciso que haya sido dictada por autoridad competente conforme a los procedimientos establecidos, y que su contenido no sea incompatible con el de una norma superior.

8.2. La eficacia de la norma jurídica

Una norma es eficaz cuando es cumplida por sus destinatarios y cuando, en caso de que sea violada, las autoridades competentes impongan las sanciones contenidas en ella para tal supuesto.

Por lo tanto, es preciso que se cumplan ambos requisitos, que sea generalmente observada por las personas a quienes se dirige y que, en caso de inobservancia, sean aplicadas por los órganos competentes.

Para determinar la eficacia es necesario efectuar una observación del comportamiento efectivo, tanto de los individuos cuya conducta la norma regula, como del de los órganos que tienen la función específica de aplicar el derecho. Analizar el comportamiento de estos sujetos frente a la norma es una indagación que corresponde a la Sociología Jurídica.

8.3. La justicia de la norma jurídica

Como señala Bobbio, el problema de la justicia de una norma jurídica es el de la correspondencia o no de ella con los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico. Esta indagación implica preguntarse, entonces, si la norma es apta o no para realizar aquellos valores.

Es ésta una cuestión muy compleja pero, en general, diremos que preocupa más al iusfilósofo o filósofo del derecho, quien buscará la correspondencia de la norma con los principios de justicia contenidos en el Derecho Natural (iusnaturalistas) o con los valores o principios de la moralidad social o los del propio sistema jurídico (positivistas). La norma será justa en tanto guarde coherencia con estos principios.

9. INDEPENDENCIA DE LOS TRES CRITERIOS

Las tres indagaciones dan origen a tres problemas independientes entre sí, en el sentido de que validez, eficacia y justicia son perspectivas distintas desde donde puede valorarse una determinada norma jurídica, por lo que es posible, por ejemplo, que se presenten casos en los que una norma inicialmente válida y justa no alcance eficacia en la comunidad jurídica a la que está destinada.

Kelsen vincula estrechamente validez y eficacia normativa, considerando a esta última como una condición de la primera. Al ser dictada la norma alcanza inmediatamente validez, pero el transcurso del tiempo deberá permitir verificar su convalidación en los hechos de modo de poder también predicar su eficacia, es decir, si efectivamente es observada por los sujetos a los que se dirige o si, en caso contrario, los órganos encargados proceden a su

aplicación, imponiendo, eventualmente, la sanción establecida. La eficacia funciona, en consecuencia, como una condición necesaria para conservar la validez.

Obviamente el ideal será la norma válida, eficaz y justa, pero en la experiencia jurídica se presentan situaciones como las consignadas cuya necesaria solución plantea complejos problemas a quienes operan con el derecho.

5 Conceptos jurídicos fundamentales

1. CONCEPTO Y DENOMINACIONES

El iusfilósofo argentino Carlos Santiago Nino denomina conceptos básicos del derecho a aquellos que pretende dilucidar la Teoría General del Derecho, como los de hecho y acto jurídico, sujeto de derecho, derecho subjetivo, deber jurídico, sanción, etc. Estos conceptos, que se encuentran implícitos en la estructura normativa, han sido también denominados conceptos jurídicos fundamentales, porque están presentes en todo ordenamiento jurídico.

Las descripciones del sistema jurídico utilizan típicamente una serie de conceptos que constituyen la base teórica para la construcción de muchos otros... El carácter básico de estos conceptos hace que sean empleados en casi todas las explicaciones que se desarrollan en las distintas ramas del derecho. Se distinguen de expresiones que tienen un uso más circunscripto (Carlos S. Nino, op. cit., pág. 165).

Estas últimas expresiones, a las que alude el autor citado, se suelen denominar conceptos contingentes, como los conceptos de hipoteca, adopción, estafa, etc., que pueden o no estar contenidos en un ordenamiento jurídico sin afectar su carácter. Por ejemplo, un sistema jurídico no puede prescindir de los hechos y actos jurídicos, la relación jurídica, el derecho subjetivo y el deber jurídico, la sanción, etc., pero puede existir aunque no contemple instituciones puntuales como la sociedad anónima, el cheque, la perención de instancia, etc.

Nos ocuparemos a continuación de los pertenecientes a la primera clase, los fundamentales, exponiendo nociones y desarrollos conceptuales breves pero precisos, limitados al alcance requerido por nuestra asignatura, dado que se trata de temas propios de la Parte General del Derecho Civil, en cuyo cursado se efectuará su consideración profunda y exhaustiva.

2. HECHO Y ACTO JURÍDICO

2.1. Hecho jurídico

El hecho jurídico es todo acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas (art.257 ccyc).

Son hechos jurídicos, de acuerdo al concepto legal, todos los acontecimientos que tienen la virtualidad de ser causa productora de relaciones o situaciones jurídicas. No todos los hechos son hechos jurídicos, sino sólo aquellos a los que las normas jurídicas les atribuyen determinadas consecuencias, como la adquisición, modificación o pérdida de relaciones o situaciones jurídicas.

Toda relación jurídica se origina en virtud de haber acontecido un hecho dotado de consecuencias jurídicas, de allí que es un concepto básico del derecho sin el que no podría estructurarse normativamente la vida jurídica. Por tanto, su incidencia en el lenguaje jurídico es preponderante porque trasciende las fronteras del derecho civil para expandirse y cimentar las diversas ramas del derecho privado y público.

2.2. Clasificación de los hechos jurídicos

Los hechos jurídicos pueden dividirse en dos grandes grupos:

- *Hechos naturales*: son aquellos acontecimientos naturales o accidentales, producto de la fuerza de la naturaleza en los que no ha intervenido el hombre pero que, sin embargo, han producido efectos jurídicos. Por ejemplo, el nacimiento y la muerte de la persona humana, la destrucción por granizo de una cosecha sobre la que previamente se había constituido un seguro, etc.
- *Hechos humanos*: son aquellos en los que ha intervenido el hombre para su acontecer.

Se dividen en actos voluntarios e involuntarios. Cabe advertir que al realizar esta distinción, el nuevo enfoque del ccyc sustituye la terminología que refería a hechos voluntarios e involuntarios en el código derogado, por la de actos, de allí que denomina actos a los supuestos de hechos que menciona, voluntarios e involuntarios.

Actos voluntarios: Están definidos en el art. 260 del ccyc como los ejecutados con discernimiento, intención y libertad, que se manifiestan por un hecho exterior.

Como ya lo señaláramos en el Capítulo III, no basta la existencia de la voluntad psicológica para producir una acción relevante para el derecho, es necesario que ésta se manifieste, que presente un signo exterior, una modificación en la realidad física que produzca efectos jurídicos.

Actos involuntarios: establece el art. 261 del ccyc que: «Es involuntario por falta de discernimiento:

- a) el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón;
- b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años;
- c) el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales».

Aunque el mencionado texto legal se refiere sólo a la falta de discernimiento debe destacarse que también la ausencia de los restantes elementos internos, intención y libertad, provocaría la involuntariedad del acto.

Volviendo a los actos voluntarios, recordemos que son aquellos realizados por la persona humana con discernimiento, intención y libertad (los tres elementos de la interioridad) manifestados exteriormente. Pueden ser actos conformes o contrarios al derecho. Sobre este aspecto debe tenerse presente que el ccyc vigente ha eliminado la división de los actos voluntarios en actos *lícitos* e *ilícitos*, formulada en el código derogado. No obstante, es útil recordar la tradicional clasificación sobre la base del criterio del grado de acuerdo del acto voluntario con el ordenamiento jurídico, es decir, si el agente con su obrar lo respeta o no, de donde surgirá su validez o ilicitud.

Acto lícito es el realizado conforme al plexo normativo mientras que el *acto ilícito* importa una lesión o transgresión antijurídica concreta. En el Código Civil anterior, Vélez Sarsfield sólo previó el acto ilícito referido al factor de atribución subjetivo, es decir, el dolo o la culpa, denominando *delito* al accionar realizado a sabiendas y con intención de dañar y *cuasidelito* al ejecutado con culpa (impericia, imprudencia, negligencia, etc.), terminología que no fue mantenida en el nuevo digesto.

En este aspecto el cambio realizado en el ccyc ha sido muy significativo. En la actualidad el tema se trata en el capítulo destinado a la responsabilidad civil, en los artículos 1708 y siguientes, cuya función consiste en la prevención del daño y su reparación.

Desde el punto de vista de la antijuridicidad, cualquier acción u omisión que causa daño a otro es antijurídica si no está justificada (art. 1717 ccyc), generando el deber de reparar, ya se trate de la realización de un daño o del incumplimiento de una obligación (art. 1716 ccyc).

La atribución del daño al responsable puede basarse en criterios subjetivos (dolo y culpa) u objetivos (art. 1721 ccyc).

El artículo siguiente caracteriza el factor de atribución objetivo «cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad» (por ej, responsabilidad derivada del obrar de un dependiente), mientras

que los factores de atribución subjetivos son el dolo y la culpa, definidos en el art. 1724 del ccyc.

«La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, Comprende la imprudencia, la negligencias y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos» (art. 1724 CCyC).

Antes de concluir el enfoque de la ilicitud, aunque ya ubicándonos en el ámbito del derecho penal, cabe destacar que se mantiene la clásica distinción entre delito doloso y delito culposo, tratándose siempre de conductas voluntarias e ilícitas.

Delito doloso: es toda acción tipificada en la ley penal como delito (acción típicamente antijurídica) realizada con conciencia, voluntad y representación del resultado dañoso de la persona o bienes de otro. En principio, es indispensable para configurar la figura delictual la intención de producir el resultado dañoso. Por ejemplo: quien dispara un arma de fuego con intención de matar a una persona y lo logra comete un homicidio doloso.

Delito culposo: es toda acción típicamente antijurídica prevista en la ley penal que produce un resultado dañoso debido a que el agente ha obrado con falta en el deber de previsión, cuidado, diligencia, prudencia. Por ejemplo, quien conduciendo a excesiva velocidad causa la muerte a una persona que cruzaba por la senda peatonal.

Debe advertirse que un hecho dañoso que debe repararse en lo civil puede configurar al mismo tiempo un delito en el ámbito penal, como en el ejemplo que se acaba de mencionar. En tal caso la acción civil y la acción penal resultante del mismo hecho pueden ser ejercidas independientemente o ante los jueces penales cuando así lo disponen los códigos procesales según su regulación de la materia (ver art. 1774 del ccyc).

Retomando ahora los actos voluntarios lícitos corresponde distinguir entre simple acto lícito y acto jurídico:

Simple acto lícito: como lo define el art. 258 del ccyc «es la acción voluntaria no prohibida por la ley, de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas». Estos actos deben producir consecuencias jurídicas para ser tal, aunque éstas no derivan de la voluntad del agente sino que emergen del propio ordenamiento jurídico. Por ejemplo, apropiarse de lo obtenido mediante la caza o la pesca, o de cosas abandonadas, donde la consecuencia jurídica resulta ser la adquisición del dominio por apropiación por tratarse de cosas muebles no registrables sin dueño (ver art. 1947 ccyc). También el acto voluntario de escribir un libro, sin perjuicio de los aspectos contractuales si los hubiera, puede consistir en un simple acto generador de derechos intelectuales por imperio de la ley.

Acto jurídico: el artículo 259 del ccyc: establece que «el acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas». El art. 279 del ccyc, por su parte, al regular el objeto del acto jurídico señala que no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea.

Ser voluntario implica haber sido ejecutado con discernimiento, intención y libertad, produciendo una manifestación que los exteriorice. Ser lícito consiste en que ese obrar no se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico. Finalmente, el acto debe ser realizado por uno o más sujetos o partes con la expresa finalidad de provocar efectos jurídicos. Esta última característica es la que los distingue de los simples actos.

El acto jurídico es la expresión más auténtica del principio de autonomía de la voluntad en la medida que las personas, tanto humanas como jurídicas, pueden desarrollar sus propósitos u objetivos en la vida social con entera libertad, siempre y cuando lo hagan de acuerdo a la normativa jurídica.

Los ejemplos más claros se dan en el ámbito contractual. El art. 957 del ccyc define al contrato como «el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales», siendo «libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres» (art. 958 ccyc).

Pero el acto jurídico no tiene contenido patrimonial en forma exclusiva, de allí que otros ejemplos pueden encontrarse en los actos extrapatrimoniales, como la adopción, el matrimonio, etc., en los que las personas pueden perseguir otros fines para constituir relaciones jurídicas.

Esa idea de fin –inmediato, como señala la definición legal– preside el carácter propio del acto jurídico, siempre voluntario y lícito, y permite distinguirlo con precisión del hecho jurídico voluntario pero ilícito, del que también surgen relaciones jurídicas pero no porque los haya perseguido el sujeto como su «fin inmediato», sino debido a la sanción civil y/o penal que, en estos casos, trae aparejada el orden jurídico como su consecuencia.

2.3. Clasificación de los actos jurídicos

El nuevo Código Civil y Comercial no contiene clasificación alguna de los actos jurídicos, como lo hacía el código derogado, pero la doctrina nacional la ha formulado. Expondremos a continuación las principales clasificaciones.

- **Actos jurídicos positivos y negativos:**
 Los actos jurídicos son positivos o negativos, según sea necesaria la realización u omisión de un comportamiento para la generación de relaciones o situaciones jurídicas.
 Ejemplo de acto positivo es la celebración de un contrato de compraventa. De acto negativo es la realización de un convenio por el cual una persona se obliga a no edificar una pared medianera más allá de determinada altura, entre los innumerables casos que podrían citarse.
- **Actos jurídicos bilaterales y unilaterales:**
 Son unilaterales, cuando basta para formarlos un sólo centro de interés, como en el testamento. Son bilaterales, cuando requieren el consentimiento unánime de dos o más partes. Adviértase que hablamos de partes y no de personas. Tradicionalmente la parte es caracterizada como un «centro de interés», expresión que incluye a una o más personas. Por ejemplo, un contrato de locación se conforma con dos partes (locador y locatario), aunque en cada una de ellas intervengan una o más personas.
- **Actos jurídicos entre vivos y de última voluntad:**
 Esta clasificación tiene en cuenta el comienzo de la eficacia del acto: en los actos de última voluntad o actos *mortis causa* comienza a partir del fallecimiento de la persona que lo ha otorgado, por ejemplo, el testamento o la donación de órganos, mientras que en los actos entre vivos sus efectos comienzan desde su celebración.
- **Actos jurídicos onerosos y gratuitos:**
 Actos onerosos son aquellos en los que existen prestaciones recíprocas, ambas partes del acto tienen derechos y obligaciones correlativas entre sí, como en la compraventa, donde el vendedor se obliga a la entrega de la cosa transfiriendo su dominio, mientras el comprador tiene a su cargo el deber jurídico de pagar el precio.
 Son gratuitos aquellos actos en los que una sola parte se obliga a realizar una prestación, no existiendo contraprestación alguna, como ocurre en la donación.
- **Actos jurídicos formales y no formales:**
 Actos formales son aquellos en los que se requiere su realización de acuerdo con las exigencias impuestas en la ley. A su vez se subdividen en solemnes y no solemnes. Los primeros requieren de las formas establecidas para su validez (formas exigidas *ad solemnitatem*), de modo que si ésta no es observada, se producirá la nulidad o inexistencia del acto como, por ejemplo, en la celebración del matrimonio civil, en la declaración testimonial, etc

Los actos no solemnes requieren el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley sólo como medio de prueba (*ad probationem*), por ejemplo, la compraventa inmobiliaria que requiere para su perfeccionamiento de escritura pública. Normalmente, la compraventa de inmuebles se realiza por medio de un boleto que autoriza al comprador a reclamar al vendedor el otorgamiento de la escritura. Dicho boleto no siempre puede oponerse a terceros como sí lo haría la escritura pública, por lo que la forma está aquí también exigida como una manera de proteger los derechos de los terceros.

Son no formales aquellos actos para los cuales la ley no exige una formalidad como requisito de validez, como la compraventa de cosa mueble no registrable, en la que los otorgantes pueden adoptar libremente la forma que estimen conveniente. El tratarse de un acto no formal no implica que no tenga forma, sino que ésta queda librada a la voluntad de los sujetos intervinientes. La forma, en realidad, se da en todo acto en cuanto la voluntad deba exteriorizarse de algún modo.

En tal sentido, el art. 284 del ccyc consagra el principio de la libertad de formas al señalar que «si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente», e inclusive «pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley».

- Actos jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales:
Son actos jurídicos patrimoniales aquellos que tienen un contenido económico, que son susceptibles de un valor económico, por ejemplo, los contratos, habitualmente realizados con dicho contenido.
Los actos jurídicos extrapatrimoniales no tienen contenido económico, por ejemplo, el matrimonio, la adopción, etc.
- Actos jurídicos de administración y de disposición:
Ésta clasificación se basa en un criterio económico.
Actos de administración son aquellos que no implican una modificación en el patrimonio, en el sentido que sólo tienden a la conservación y explotación del mismo como, por ejemplo, un contrato de locación de un inmueble.
Actos de disposición son aquellos que provocan una modificación sustancial del patrimonio en virtud de haber ingresado, gravado o salido un bien como, por ejemplo, en el caso de la adquisición o enajenación de un inmueble.

3. LA RELACIÓN JURÍDICA: ELEMENTOS

La relación jurídica se concibe hoy como «un vínculo entre sujetos de derecho (activo o titular – pasivo), nacido de un determinado hecho, definido por las normas jurídicas, creador de facultades y deberes jurídicos, cuyo objeto son ciertas prestaciones, garantizadas por la aplicación de una sanción».

Decimos que la relación jurídica se caracteriza hoy de esta forma porque en el derecho romano era concebida a partir de una persona que ejercía poder sobre otra, generando el vínculo que constituía la relación; por ejemplo, el poder o *imperium* de los gobernantes sobre los súbditos, el del padre sobre la mujer y los hijos, el del amo sobre el esclavo, el del acreedor sobre el deudor. Actualmente, la idea de relación jurídica va acompañada de la de igualdad entre las partes que la conforman, el vínculo no implica ya el sometimiento de una de las partes a la voluntad de la otra.

La cuestión de cuáles son los elementos de la relación jurídica no es un tema sobre el que exista uniformidad de criterios en la doctrina, sin embargo, creemos que, sin duda, son tres:

- *Lossujetos*: el primer elemento de la relación jurídica es el sujeto de derecho que se desdobra en:
 - Sujeto activo: es quien tiene el derecho subjetivo principal, la prerrogativa de exigir del otro el cumplimiento del deber jurídico. En un contrato de préstamo de dinero, por ejemplo, lo será el que entrega la suma de dinero a otro teniendo la prerrogativa de exigir su devolución en determinado plazo y con cierto interés.
 - Sujeto pasivo: es quien tiene el deber jurídico, el deudor de la prestación principal; en el mutuo referido, lo es quien debe devolver el dinero al prestador en el plazo y con el interés pactado.

Como se verá con detalle más adelante, el sujeto de derecho es siempre una persona, que puede ser persona humana o persona jurídica.

- *El objeto*: el objeto de la relación jurídica son las prestaciones que constituyen las prerrogativas de los sujetos o, dicho de otro modo, el conjunto de derechos subjetivos y deberes jurídicos recíprocos de los sujetos de derecho.

El objeto de la relación jurídica, repetimos, está constituido por el conjunto de prestaciones derivadas del vínculo entre los sujetos. Así, en un contrato de compraventa, el objeto de la relación jurídica será el conjunto de derechos y deberes del comprador y del vendedor: los deberes del vendedor de entregar la cosa, en el estado convenido, en el tiempo pactado, los derechos de éste de exigir el pago del precio, de exigir que el pago se haga en la forma y el tiempo convenido, etc.; correlativamente los deberes del comprador de pagar el precio convenido en tiempo y forma, los derechos de éste de exigir la entrega de la cosa en buen estado de conservación, en tiempo, etc.

Las prestaciones pueden ser:

- de dar: consiste en dar o entregar una cosa, por ejemplo, en una compra-venta, pagar el precio de lo vendido y entregar la cosa al comprador;
- de hacer: consiste en la realización de una determinada actividad, por ejemplo, la impresión del texto de un libro;
- de no hacer: consiste en la abstención de realizar determinada actividad, por ejemplo, abstenerse de plantar un árbol en proximidades de una pared medianera.

Más adelante examinaremos con más detalle el derecho subjetivo y el deber jurídico, siempre en el marco de la relación jurídica que les sirve de marco.

- *La causa:* son los hechos o actos jurídicos, aquellos acontecimientos con virtualidad de producir efectos jurídicos en cuanto son generadores de derechos y obligaciones para las partes. Estos acontecimientos, según sea su índole, determinarán el carácter de la relación jurídica.

En homenaje al gran codificador, Dalmacio Vélez Sársfield, recordemos lo que expusiera en la nota a la Sección segunda del Libro segundo del Código Civil, hoy derogado, pero que por su importancia merece ser destacada:

La función de los hechos en la jurisprudencia es una función eficiente. Si los derechos nacen, si se modifican, si se transfieren de una persona a otra, si se extinguen, es siempre a consecuencia o por medio de un hecho. No hay derecho que no provenga de un hecho, y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de derechos.

A las diferentes clases de hechos y actos jurídicos, es decir, de acontecimientos o actos que producen el nacimiento, la modificación o extinción de relaciones y situaciones jurídicas, nos hemos referido ya en el comienzo del capítulo, a donde remitimos.

3.1. El «negocio jurídico»

Señalamos que el carácter de la relación jurídica está determinado por la índole del hecho que tiene por causa, el acontecimiento o acto que le da origen. Pero también contribuye a la caracterización del tipo de relación de que se trate el fin que tuvieron en miras los sujetos al realizar el acto y su regulación normativa.

Lo determinante para caracterizar una relación jurídica como «negocio jurídico» es que las obligaciones surgidas de ésta son el resultado directo de la manifestación de voluntad de los sujetos.

Miguel Reale define negocio jurídico en estos términos:

Negocio jurídico es el acto jurídico por el cual una o más personas, en virtud de una declaración de voluntad, instauran una relación jurídica cuyos efectos, para ellas y para los demás sujetos, se subordina a la voluntad declarada dentro de los límites permitidos por la ley.

Queda claro, entonces, que el negocio jurídico es la vinculación entre dos sujetos que, con su declaración de voluntad (consentimiento), pretenden configurar una figura legal (contrato típico) o una figura nueva (contrato atípico). Los efectos jurídicos en el negocio jurídico son buscados por las partes. En otras relaciones jurídicas que no constituyen negocios, esos efectos se producen independientemente, sin que sea necesario que hayan sido intencionalmente queridos por los sujetos.

Por lo tanto, como refiere el autor brasileño, en el negocio jurídico hay: un sujeto con capacidad; una manifestación expresa de voluntad; un objeto lícito; una forma prescrita o no prohibida por la ley.

De la reunión de estos elementos, nos dice, resulta la atribución expresamente consensuada de algo a alguien.

3.2. La situación jurídica

Las personas realizamos constantemente relaciones jurídicas que nos generan un cúmulo de derechos y obligaciones. A su vez, según el momento de nuestra vida, desempeñamos un determinado papel en la sociedad, como ciudadanos o extranjeros, como menores o mayores de edad, hijos bajo la responsabilidad parental de nuestros padres, o padres con responsabilidad parental sobre nuestros hijos, esposos, profesionales, etc., que dan origen a diversas relaciones políticas, civiles, de familia, etc., es decir, constituyen relaciones jurídicas con distintos derechos y deberes. Ese cúmulo de relaciones, de derechos y deberes configura, en su conjunto, la situación jurídica de la persona.

Se suelen distinguir dos tipos de situaciones jurídicas:

- situaciones jurídicas fundamentales: que son las que provienen directamente del estado de la persona (padre, marido, profesional, alumno, etc.);
- situaciones jurídicas derivadas: que son aquellas constituidas por la totalidad de relaciones jurídicas en las que el sujeto puede intervenir (puede comprar, celebrar matrimonio, ejercer su profesión, etc.).

La situación jurídica, entonces, puede definirse como el conjunto de derechos subjetivos, deberes jurídicos y relaciones jurídicas que tiene por titular a una

persona, por su misma condición, actividad o rol que cumple en la vida socio-jurídica, como lo expresan con claridad los autores de la siguiente cita:

El concepto de situación jurídica constituye, por lo tanto, una idea mucho más amplia y comprensiva que las de derecho subjetivo, deber y relación jurídica, puesto que no solamente las abarca, sino que las integra en una interpretación más realista y ajustada a la vida práctica del derecho. Esta última, en efecto, no percibe sólo facultades, deberes o relaciones aislados, sino todo un conjunto a la vez complejo y armónico de derechos y obligaciones que se entrecruzan y se complementan, y que muchas veces crean derechos y deberes de carácter permanente: los padres, los esposos, los funcionarios públicos, los patronos y obreros, etc. El concepto de situación jurídica da una idea más acabada de la estabilidad del derecho que el concepto de relación; pues éste sugiere sólo un vínculo excepcional, y aquél una serie de elementos que integran la existencia misma de las personas en cuanto sometidas constantemente al derecho (Carlos Mouchet y Zorraquín Becú, *Introducción al derecho*, Cuarta Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959, pág. 115).

4. SUJETO DE DERECHO

Sujeto de derecho es la persona, humana o jurídica, destinataria de las normas jurídicas y titular de los derechos y/o deberes que ellas regulan.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce dos categorías o especies de personas: las personas humanas y las personas jurídicas.

4.1. Persona Humana

En el capítulo III ya hemos expuesto el concepto de persona humana. Recordemos que el ccyc la considera en el Libro Primero, Parte General, Título I, a partir del art. 19, que establece que su existencia comienza con la concepción. El código derogado explicitaba que refería a la producida en el seno materno, es decir, la que deriva del acto sexual, expresión quitada en el ccyc, que permite incluir a la concepción provocada mediante técnicas de reproducción humana asistida.

La persona concebida puede adquirir derechos y obligaciones a condición de que nazca viva. Los derechos adquiridos antes de nacer quedarán irrevocablemente adquiridos si nace (abandona el claustro de la madre y es separada de ésta con el corte del cordón umbilical) con vida (aunque sea por unos mínimos instantes). Si no nace con vida se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume (art. 21 ccyc).

4.2. Persona jurídica

Las personas jurídicas son entidades compuestas por personas humanas, quienes se agrupan para el logro de un determinado fin, reconocidas por el ordenamiento jurídico. Se trata de agrupamientos de personas físicas, que actúan mediante representantes, sometidos a una autoridad, con un vínculo generado por una finalidad común, que cuentan con un patrimonio y una estructura jurídica, caracteres todos estos que varían en cada tipo de persona jurídica a que hagamos referencia.

Muchas han sido las teorías que pretendieron explicar la personalidad de estas entidades e incluso otras tantas les han negado esa personalidad. Se trata de un tema muy complejo dada la innumerable manifestación de personas jurídicas que pueden encontrarse en consonancia con la complejidad del mundo contemporáneo. Sin entrar en el análisis doctrinario, que excedería los propósitos de la materia, nos dedicaremos brevemente al análisis conceptual normativo y a la clasificación incluida en el Código Civil y Comercial vigente.

La regulación de las personas jurídicas se encuentra en el TÍTULO II, Capítulo I, Sección 1ª, de dicho digesto, a partir del artículo 141, que las define como «todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación».

El art. 145 ccyc las clasifica en personas jurídicas públicas y privadas.

Las personas jurídicas públicas se encuentran enumeradas en el art. 146 del ccyc que establece: «Son personas jurídicas públicas:

- a) el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter;
- b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable;
- c) la Iglesia Católica».

Se advierte de la enumeración mencionada la fuerte pertenencia de dichas entidades al Derecho Público, especialmente al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo, así como en el caso del inciso b. al Derecho Internacional Público. Razones de organización del poder político, en especial, que la Constitución Nacional estatuye la forma de gobierno republicano y federal, como históricas, la globalización, las relaciones internacionales entre los Estados, etc., entre otras, motivan la consideración legal.

Las entidades autárquicas son organismos del Estado que tienen funciones administrativas públicas específicas, con un patrimonio propio y atribuciones correspondientes. Según Llambías presentan las siguientes características:

- a) tienen una finalidad de bien común
- b) consisten en una organización humana destinada a alcanzar tal finalidad
- c) tienen un patrimonio separado del Estado afectado al logro de aquella finalidad, que se forma con recursos o fondos dejados al manejo de aquella organización. Ejemplos de este tipo de entes son: el Banco Central de la República Argentina, el Banco de la Nación Argentina, etc.

Por último, la Iglesia Católica, representada por el Sumo Pontífice, con sede en el Vaticano, como las diócesis y parroquias, es catalogada como persona jurídica pública por una tradición histórica secular relacionada con la profesión de fe mayoritaria de la población argentina.

Esta razón también implicó que con anterioridad a la codificación los constituyentes de 1853 incorporaran en la Constitución Nacional el sostenimiento del culto católico, apostólico romano (art. 2 CN), de donde deriva que sea considerada religión oficial.

Las personas jurídicas de carácter privado están enumeradas en el art. 148 del CCyC que enuncia: «Son personas jurídicas privadas:

- a) las sociedades;
- b) las asociaciones civiles;
- c) las simples asociaciones;
- d) las fundaciones;
- e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas;
- f) las mutuales;
- g) las cooperativas;
- h) el consorcio de propiedad horizontal;
- i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento».

La enumeración evidencia que se trata de formas asociativas y/o societarias de variadas manifestaciones, siempre en el marco conceptual de entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación, siendo de gran relevancia el aludido carácter normativo requerido para su organización y contenido.

Sus atributos y efectos, como el nombre, domicilio, patrimonio, duración y objeto, así como su funcionamiento se encuentran regulados por el Código Civil y Comercial en una parte general que se desarrolla entre los arts. 151 y

167 del mismo, así como en otras leyes especiales como las que regulan las sociedades comerciales, las mutuales, las cooperativas, etc.

En todos los casos constituyen agrupamientos a los que el ordenamiento confiere capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones con las más variadas finalidades, que se persigan para satisfacer las diversas necesidades de la vida comunitaria, al amparo de la garantía constitucional de asociarse con fines lícitos establecida en el artículo 14 de la Constitución Nacional.

El tema es propio del Derecho Civil por lo que su profundización mediante un tratamiento exhaustivo de las distintas instituciones será realizado por las disciplinas curriculares destinadas a ése objetivo.

5. EL DERECHO SUBJETIVO

Como consideramos en el Capítulo I, en oportunidad de referirnos a una de las acepciones de la palabra derecho (derecho en sentido subjetivo), el derecho subjetivo consiste en la facultad de una persona de exigir de otra el cumplimiento de un determinado deber y, en caso de incumplimiento, reclamar una sanción contra el responsable, así como también de exigir de las otras personas el cumplimiento de los deberes genéricos de respetar los derechos propios como la vida, la libertad, la propiedad, etc., en virtud de normas jurídicas que prevén sanciones para el caso de incumplimiento, al tiempo que habilitan a realizar todo acto que no esté prohibido y todo aquel acto jurídico para el que se tenga capacidad legal.

Como se advierte, y bien lo señalan Mouchet y Zorraquín Becú, el derecho subjetivo puede ser visto desde diferentes perspectivas:

- como libertad, en tanto posibilidad de actuar dentro de los límites de lo permitido;
- como poder, en tanto potencia de realizar actos jurídicos para los cuales se tenga la capacidad requerida;
- como pretensión, en tanto facultad de exigir a otro el cumplimiento del deber jurídico.

La contracara del derecho subjetivo es el deber jurídico; el derecho subjetivo genera la facultad de exigir de otro el cumplimiento de un determinado deber jurídico; quien tiene un derecho lo tiene siempre frente a otro u otros sujetos obligados a satisfacer o, por lo menos, respetar aquel derecho.

Varias han sido las teorías que se han elaborado para explicar la noción de derecho subjetivo; pasamos a reseñar las principales:

5.1. Teoría de la voluntad

Bernardo Windscheid concibe al derecho subjetivo como un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el ordenamiento jurídico.

La expresión «derecho subjetivo», para este autor, puede emplearse en dos sentidos: en primer término como la facultad de una persona de exigir de otra un determinado comportamiento. Esta facultad aparece cuando el ordenamiento jurídico impone ciertos deberes a un sujeto, poniendo a disposición de otro (el que tiene el derecho subjetivo) la prerrogativa o el poder de exigir el cumplimiento de ese deber. El derecho subjetivo depende, entonces, de la voluntad del sujeto de poner en marcha el mecanismo que el ordenamiento le otorga. En segundo término, se emplea como la facultad de una persona de crear, modificar o extinguir derechos subjetivos.

Vemos entonces que, en la teoría de Windscheid, la voluntad del sujeto (activo) es decisiva para la actuación del derecho y, por ende, también de la norma que lo regula. Esta teoría fue blanco de críticas, una de las cuales le cuestiona que la existencia del derecho subjetivo no depende de la voluntad o decisión del sujeto activo, en cuanto que si éste no lo quiere ejercer, no por eso lo pierde o el derecho que la norma le atribuye no existe. Tampoco puede explicarse cómo puede una persona incapaz (como un menor o un demente), que no tiene voluntad, ser titular de derechos subjetivos. El autor se rectificó sosteniendo que «la voluntad imperante en el derecho subjetivo es la voluntad del ordenamiento jurídico, no la voluntad del titular».

5.2. Teoría del interés

Rudolf von Ihering afirmó que «los derechos son intereses jurídicamente protegidos». Obviamente se estaba refiriendo a los derechos subjetivos, los que asimilaba a intereses (según él mismo lo dice, tanto económicos como de otra índole como la personalidad, el honor, etc.); no estaba definiendo lo que los derechos subjetivos son sino, solamente, la finalidad que ellos tienen o el propósito que para el sujeto tiene el ejercicio de un derecho en particular en una circunstancia determinada. Porque ni siquiera se refiere a la finalidad común que tienen los derechos subjetivos, sino que habla de interés del sujeto que lo ejerce que, desde luego, será variable en cada caso, pudiéndosele efectuar a esta teoría críticas análogas a las que recibiera la teoría de la voluntad.

5.3. Teoría ecléctica

Georg Jellinek realiza una conceptualización que combina rasgos de las doctrinas de la voluntad y del interés diciendo que el derecho subjetivo consiste en «la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto está dirigida a un bien o a un interés...todo lo que, considerado objetivamente, aparece como un bien, subjetivamente se convierte en un interés».

Al profesor alemán se le han formulado las críticas que se hicieron valer para las respectivas teorías que pretendió sintetizar en la suya, aunque debe reconocerse que ha sido la doctrina comúnmente admitida.

5.4. Teoría negativista

León Duguit niega la existencia del derecho subjetivo afirmando que «el hombre no tiene derechos, la colectividad tampoco los tiene... Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que llenar, una cierta tarea que ejecutar. No puede dejar de cumplir esa función, de ejecutar esa tarea, porque de su abstención resultaría un desorden, o cuando menos un perjuicio social...Todos los actos que realice para cumplir la misión aquella que le corresponde en razón del lugar que ocupa en la sociedad, serán socialmente protegidos y garantidos».

El derecho, entonces, no otorga facultades sino que confiere acción para reclamar el cumplimiento de los deberes jurídicos. Pero, si lo único que tiene el hombre es una función que cumplir en la sociedad sin tener derechos, no podría realizarla ni siquiera por vía de acción para reclamar el cumplimiento de deberes, lo que a su vez constituiría un derecho.

5.5. Teoría normativista

Fiel a su pureza metodológica, Hans Kelsen pretende encontrar la esencia del derecho subjetivo haciendo un análisis de su aspecto puramente normativo y formal llegando a la conclusión de que éste no difiere del derecho objetivo.

La función de la norma jurídica consiste en imponer un deber cuyo cumplimiento está garantizado con la amenaza de una sanción; por lo tanto, esta posibilidad del sujeto de reclamar la aplicación de la consecuencia jurídica implica que la norma está a su disposición y ésta es la prerrogativa.

El derecho subjetivo queda reducido a la misma norma en cuanto ésta atribuye a un sujeto el poder jurídico correlativo del deber que impone. El derecho subjetivo se concibe, entonces, como un reflejo o correlato del deber jurídico.

El principal cuestionamiento que se le hizo a Kelsen fue que la asimilación que hace entre derecho objetivo y subjetivo es a partir de un falseamiento de términos, confundiendo norma y facultad. Que todo derecho derive de la norma no tiene porqué implicar que norma y derecho subjetivo sean lo mismo.

6. CLASIFICACIÓN: DERECHOS SUBJETIVOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

Una de las más importantes clasificaciones que se han formulado de los derechos subjetivos es la que se basa en el criterio de la personalidad del sujeto titular del derecho, confrontándolo con el sujeto pasivo o titular del deber jurídico. Ésta, a su vez, reconoce subdivisiones.

- Derechos subjetivos públicos: presuponen una relación en la que uno de los sujetos es el Estado, ya sea como sujeto activo o como sujeto pasivo, que ejerce su *imperium*, que actúa como poder público, realizando actos de gobierno o funciones de administración.

Son también aquellos que tienen los particulares frente al Estado así como los que éste tiene frente a los particulares. Por ejemplo, el Estado establece los impuestos que deben pagar los sujetos comprendidos, éstos tienen el deber jurídico de pagarlos y el derecho de exigir a aquél que su recaudación se distribuya conforme a la ley, teniendo a su disposición los mecanismos jurisdiccionales para hacer los reclamos que correspondan. A la vez, el Estado tiene el derecho subjetivo de exigir a los particulares su cumplimiento o hacerlo mediante los órganos jurisdiccionales en caso de incumplimiento. Pero el Estado puede intervenir también como persona jurídica en relaciones con particulares sin ejercer ese poder, tratándose, en estos casos, de derechos subjetivos de carácter privado. Por ejemplo, el alquiler de una propiedad inmueble para instalar una repartición pública.

En síntesis, los derechos subjetivos públicos son las facultades que los particulares pueden hacer valer frente al Estado en cuanto persona jurídica de carácter público, así como los que el Estado puede ejercer respecto de los particulares.

Georg Jellinek describió las tres situaciones en las que pueden estar las personas frente al Estado en cuanto persona jurídica pública:

Status libertatis: es la esfera de libertad que el Estado reconoce al individuo dentro de la cual el poder público no tiene injerencia. Estarían aquí los derechos de la personalidad que el hombre tiene por su condición de tal.

Status civitatis: caracteriza los derechos que permiten a los particulares reclamar del Estado, por medio de los órganos jurisdiccionales, el cumplimiento de

los deberes a los que está obligado, garantizando el ejercicio de los derechos civiles y patrimoniales de aquéllos.

Status active civitatis: es la forma por la que los particulares adquieren derechos para participar en la vida política del Estado –por ejemplo mediante el voto– en los partidos políticos, y en el gobierno; y también para peticionar a las autoridades, etc.

Lo correlativo de los derechos subjetivos públicos de que estitular el Estado son las llamadas cargas públicas de los particulares, por ejemplo, alistarse en las fuerzas armadas en caso necesario, presidir mesas de recepción de sufragios en elecciones, etc.

- *Derechos subjetivos privados*: son aquellos que tienen las personas físicas o jurídicas y el Estado –actuando como persona de carácter privado– que se dan en las relaciones jurídicas en que participan. Tomando como base la obra de Roguin, Mouchet y Zorraquín Becú parece adecuada la utilización de un criterio clásico de clasificación que nos ha inspirado en el texto siguiente, sin perjuicio de su actualización para hacerlo coherente con las disposiciones de Código Civil y Comercial de la Nación que ahora rige.
- *Derechos absolutos*: son aquellos derechos que pueden ser ejercidos frente a la totalidad de las personas, quienes tienen el deber genérico de respetarlos. La denominación de absolutos tiene tradición en la doctrina aunque cabe destacar que no son tal estrictamente hablando puesto que admiten restricciones y reglamentaciones a su ejercicio. Se dividen en derechos de las personas, reales e intelectuales.
- *Derechos de las personas*: son los llamados derechos de la personalidad, denominados por el Código Civil y Comercial y la doctrina actual como derechos personalísimos, extrapatrimoniales, que posee todo ser humano para defender su integridad psico-física así como la libertad de ejercer toda actividad lícita. Tienen las características de ser considerados innatos, vitalicios, inalienables e imprescriptibles. Tal es el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad, etc., estrictamente vinculados a la dignidad de persona como principal fundamento de toda ordenación jurídica (art. 51 ccy).
- *Derechos reales*: son los que comportan, para el titular, la facultad de actuar sobre la cosa dentro de los límites normativos y, para las demás personas, el deber de abstenerse de perturbar ese ejercicio en salvaguardia del derecho fundamental de propiedad reconocido por el art. 17 de la Constitución Nacional. Son los derechos definidos en el art. 1882 del Código Civil y Comercial como «el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su

titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código», como, por ejemplo, el derecho de dominio (art. 1941 ccyc).

- *Derechos intelectuales*: son aquellos que implican, para el titular, la facultad de usar, gozar o disponer de una creación mental –por supuesto exteriorizada– y, para toda otra persona, el deber de abstenerse de perturbar el ejercicio de dicha facultad por el titular. Por ejemplo, los derechos de autor de una obra literaria.
- *Derechos relativos*: son aquellos derechos que se ejercen frente a un sujeto pasivo que está individualizado, obligado a realizar una prestación de dar, hacer o no hacer. Se dividen en:
 - *Derechos de familia*: son aquellos derechos extrapatrimoniales que una persona tiene frente a otra con la que posee un vínculo familiar. Estos son, por ejemplo, los derechos que derivan del matrimonio, los derechos a la sucesión de los bienes de determinados familiares, el ejercicio de la responsabilidad parental por los padres, etc.
- *Derechos creditorios*: son los denominados personales en el Código Civil y Comercial para distinguirlos de los derechos personalísimos. Los derechos personales o creditorios son aquellos por los cuales el titular o sujeto activo se encuentra facultado para exigir del sujeto pasivo el cumplimiento de un comportamiento, consistente en una prestación de dar, hacer o no hacer de tipo patrimonial, a fin de satisfacer un interés lícito acordado. Generalmente están regulados por los intervinientes en relaciones contractuales en virtud del principio de iniciativa de los particulares propio de los contratos (art. 958 ccyc).

En relación con lo expuesto, recordemos que el art. 724 del Código Civil y Comercial define a la obligación, a cargo del sujeto pasivo, como «una relación en virtud de la cuál el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés». Esta última expresión pone de relieve la protección jurídica del acuerdo y la posible aplicación derivada del incumplimiento normativo que es la sanción jurídica, impuesta por el órgano jurisdiccional competente instado por la acción procesal en defensa de los derechos lesionados, a lo que nos referimos a continuación.

6.1. La defensa de los derechos. La acción procesal

El titular del derecho subjetivo, sea éste público o privado, tiene la posibilidad de defenderlo, es decir, de recurrir ante los órganos jurisdiccionales para lograr el cumplimiento del deber jurídico que es correlativo o, en su caso, reclamar la aplicación de la sanción prevista en la ley contra el responsable de esa perturbación.

La acción procesal es el mecanismo que tiene que ponerse en marcha necesariamente para obtener el cumplimiento coactivo del deber jurídico o en caso que no sea ya posible, la aplicación de la sanción. Para ello, es imprescindible acudir a la autoridad judicial competente para que se desarrolle un proceso que culmina con el dictado de la sentencia que imponga, precisamente, alguna de aquellas dos posibilidades.

De allí que, como refiere Carlos Nino:

Cuando se otorga a los particulares ese tipo de derechos se los hace participar en la creación del orden jurídico, pues el ejercicio de la acción procesal tiene por objeto que se dicte una sentencia judicial que es una norma particular; o sea que, mediante la ejecución de los derechos subjetivos en sentido técnico los particulares colaboran en la creación del derecho objetivo (Carlos Nino, op. cit., pág. 206).

7. EL DEBER JURÍDICO. CONEXIONES CON EL DERECHO SUBJETIVO

Como señalamos en varias oportunidades, el derecho subjetivo es siempre correlativo de un deber jurídico de la misma clase, porque el derecho subjetivo se ejerce frente al que tiene el respectivo deber jurídico y, viceversa, el deber jurídico es la obligación que se tiene frente al titular del derecho subjetivo correspondiente. Así, en una compraventa el deber del comprador de pagar el precio pactado es correlativo al derecho del vendedor de exigirlo, y el derecho del comprador a exigir la entrega de la cosa es correlativo al deber del vendedor de entregarla.

Eduardo García Maynez, al definir el deber jurídico como «la restricción de la libertad exterior de una persona derivada de la facultad concedidas a otra u otras de exigir a la primera una cierta conducta positiva o negativa», pone de manifiesto la referida conexión o correlatividad de éste con respecto al derecho subjetivo. Así explica la correlatividad de la que hablamos:

...toda obligación restringe la libertad jurídica del obligado. Cuando un deber jurídico nace a cargo de un sujeto, éste pierde, al mismo tiempo, ya el derecho de omitir lo que se le ordena, ya el de hacer lo que se le prohíbe. En relación con la conducta objeto de una prohibición o de un mandato, el obligado no

es, ni puede ser, jurídicamente libre. Si aquélla está prohibida, el sujeto del deber puede lícitamente omitirla, más no ejecutarla; si está ordenada, se le permite ejecutarla, pero no omitirla (Eduardo García Maynez, op. cit., pág. 268).

Como sabemos, a partir de la clasificación de los derechos subjetivos en absolutos o relativos, el deber jurídico puede estar a cargo de un sujeto determinado (como en los de tipo crediticio) o, en cambio, de todas las restantes personas que integran la comunidad (como el de respetar el dominio sobre un bien del que es titular una persona).

8. LA SANCIÓN

La sanción es la consecuencia derivada del incumplimiento normativo.

En oportunidad de analizar las funciones del derecho, vimos que la tesis funcionalista consideraba al derecho como una instancia formal de control social que establece pautas de comportamiento, como también lo hacen la familia, la escuela, etc., pero para garantizar el cumplimiento de esas pautas y así controlar el comportamiento de los miembros de la sociedad, el derecho cuenta con mecanismos de motivación de las conductas queridas. Estas técnicas de motivación pueden ser: punitivas o gratificantes.

Hans Kelsen concibió al derecho como una técnica de motivación social, como un método que permite inducir a los hombres a conducirse de una determinada manera. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada, lo que lo motivará a señalar que «el autor de una norma jurídica supone, evidentemente, que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán para evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que se desea».

Por lo tanto, como destacáramos en el capítulo anterior, para Kelsen el derecho es una técnica de motivación social indirecta (por oposición a la moral que es directa) que no induce al cumplimiento por la racionalidad de la norma sino por la existencia de la sanción.

8.1. Propiedades necesarias de la sanción

La coerción es el elemento necesario de toda sanción: lo que caracteriza a la sanción no es la aplicación efectiva de la fuerza sino la posibilidad de aplicarla, esto es, la coerción.

El contenido de la sanción consiste en privar a otro de algún bien: bienes son aquellos estados de cosas que para la generalidad de la gente son valiosos. La pena de muerte priva de la vida; la pena de prisión o reclusión priva de la libertad; la pena de multa priva de la propiedad; la de inhabilitación priva de la posibilidad de ejercer ciertos derechos como una profesión o conducir un auto; la sanción de nulidad priva de validez a un acto, etc.

- *La sanción se ejerce por una autoridad competente:* señalamos que la coacción está, en las comunidades evolucionadas actuales, monopolizada en el Estado. Por lo tanto, los encargados de la aplicación de sanciones serán aquellos que disponen las normas jurídicas. Usualmente, los sistemas jurídicos desarrollados distinguen la función de disponer que una sanción se aplique –lo que constituye la tarea de los jueces– y la función de ejecutarla –que generalmente está a cargo de los funcionarios administrativos.
- *La sanción es consecuencia de una conducta:* sólo puede hablarse de «sanción» en aquellos casos en que la coerción estatal se ejerce como respuesta a alguna actividad voluntaria de un agente, o sea, cuando hay una conducta realizada mediando capacidad de omitir.

8.2. Coacción

La sanción determina la consecuencia negativa que tendrá quien realice una conducta antijurídica; la ejecución efectiva de esa consecuencia perjudicial es la coacción.

Coacción es, por lo tanto, ejecución forzada de la sanción y ya oportunamente ha sido distinguida de coerción, que es la posibilidad de obtener el cumplimiento coactivo, la amenaza jurídica de coacción.

8.3. Clasificación de las sanciones

Una de las distinciones más corrientes divide las sanciones en penales y civiles:

- Sanciones penales: como la pena de muerte, la prisión, la multa, no tienen carácter resarcitorio del daño ocasionado a la víctima del delito (hay casos en que se aplican sanciones por delitos en los que no existe siquiera daño, como los que sólo alcanzan grado de tentativa) o, por lo menos, no tienen

una relación calculable con el mismo. Se les suele atribuir, según la política penal seguida, diferentes fines: el castigo del delincuente, su corrección, la prevención general y especial, etc. En nuestro derecho el fin es sólo preventivo.

- Sanciones civiles: se suelen reducir a un acto coactivo típico: la ejecución forzosa de bienes del deudor. El deudor que no paga su deuda padece diversas consecuencias por su incumplimiento, pero en última instancia se lo priva de ciertos bienes materiales que son vendidos en subasta pública para satisfacer los derechos del acreedor. Pero no es ésta la única sanción civil, existen otras como la declaración de nulidad del acto, el pago de una indemnización (resarcitorias), la entrega de la cosa, el desalojo de un inmueble, etc.

8.4. La pena

La pena es un tipo de sanción exclusiva del Derecho Penal prevista en el Código Penal e impuesta por el juez competente. Constituye la privación de un bien (libertad, patrimonio, ejercicio de una actividad) al sujeto que ha cometido un delito con una finalidad de prevención individual o especial (para que no cometa un nuevo ilícito) y social o general (para que la comunidad se aperceba de la conveniencia de cumplir la ley penal).

En nuestro derecho las penas están mencionadas en el art. 5 de Código Penal que a continuación reproducimos:

Art. 5 del Código Penal: «Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación».

La Constitución Nacional prohíbe la pena de muerte por causas políticas (art. 18 Constitución Nacional).

8.5. La sanción premial

Como adelantáramos en el Capítulo I al tratar la visión funcionalista, es un fin del derecho lograr la mayor realización de conductas deseadas. Para ello, puede actuar a priori de dichas conductas, promoviéndolas, promocionándolas o, a posteriori, premiándolas. De allí que se atribuye al derecho una función promocional.

La sanción premial es una sanción positiva o técnica de gratificación que opera como un mecanismo incentivador de aquellas conductas que el legislador pretende promocionar. Por ejemplo, otorgar un subsidio a un agricultor para que realice una determinada actividad, o la más común sanción premial de otorgar una compensación por parte del Estado a los contribuyentes que cumplen puntualmente con el pago de sus impuestos, deduciéndoles un porcentaje de los mismos.

6 El ordenamiento jurídico

1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. CONCEPTO

Después de haber hecho un análisis lógico (elementos, estructura, etc.) de la norma jurídica considerándola de manera aislada, pasamos ahora al estudio del conjunto que constituyen las normas jurídicas positivas, esto es: el ordenamiento jurídico. Del estudio de la parte (la norma) pasamos al estudio del todo (el ordenamiento jurídico).

El ordenamiento jurídico está compuesto por la totalidad de las normas jurídicas positivas. Éstas se encuentran ordenadas (no aisladas o meramente yuxtapuestas), jerarquizadas (no todas las normas tienen igual rango) e integradas unas con otras conformando, así, un todo armónico.

El ordenamiento jurídico se constituye, entonces, como una unidad superior coherente compuesta por diferentes sectores normativos, que presentan una autonomía relativa entre sí, cada uno de los cuales contiene una diversidad de normas jurídicas que regulan una materia determinada del derecho.

2. NORMA Y SISTEMA DE NORMAS. DISTINCIÓN DE LO JURÍDICO A PARTIR DEL ORDENAMIENTO

En otras oportunidades nos hemos referido al ordenamiento jurídico utilizando las expresiones «derecho positivo», «derecho en sentido objetivo» o «sistema de normas jurídicas» vigentes en un tiempo y en un ámbito espacial determinado.

En este último sentido, como advierte Norberto Bobbio, la pretensión de reducir el ordenamiento jurídico a la idea de sistema presenta algunos inconvenientes ya que el significado exacto de la palabra «sistema» referido a aquél no aparece muy claro. Se le ha dado, en la Filosofía del Derecho y la ciencia, tres significados diferentes: para referir a que las normas jurídicas que componen el ordenamiento derivan deductivamente de ciertos principios generales (los llamados principios generales del derecho); para lo contrario, que partiendo de normas particulares se pueden construir conceptos y sistemas generales y,

finalmente, para hacer referencia a que en el ordenamiento jurídico no pueden coexistir normas incompatibles; este último es el significado más interesante.

Conviene aclarar, no obstante, que en esta exposición emplearemos como equivalentes los términos ordenamiento y sistema.

Kelsen concibe al ordenamiento jurídico como un sistema dinámico, por oposición a la moral que se configura como un sistema estático en el que la validez de sus normas está determinada por un vínculo de deductibilidad, fundamentalmente de contenidos, respecto de la norma superior (de la norma general puede deducirse el contenido de la norma particular). En el derecho, en cambio, una norma superior habilita la producción de otras normas y establece la autoridad y el procedimiento de su creación, estando determinada la validez de éstas por un vínculo de legalidad respecto de la norma superior. A su vez, para que exista un orden normativo o sistema, la validez de todas las normas debe remitirse a una y misma norma fundante básica que, como luego veremos, denominamos «norma fundamental».

La importancia de considerar al ordenamiento jurídico como sistema está dada por la posibilidad de identificar la pertenencia de una norma jurídica a él. De este modo, cuestiones que resultan de difícil justificación a nivel del análisis de la norma aislada encuentran una explicación satisfactoria en el plano de la unidad de la que forma parte aquella norma individual, es decir, considerando al ordenamiento en su conjunto.

Veamos cómo ello ocurre respecto de la sanción y de la eficacia. Cuando se hace referencia a la sanción institucionalizada para distinguir al derecho de otros órdenes normativos de la conducta, se lo está considerando como sistema en cuanto es suficiente que exista sólo una norma jurídica provista de sanción para que pueda hablarse de ordenamiento jurídico; por ello el rasgo de la sanción institucionalizada caracteriza al conjunto de las normas en cuanto tal y no a la norma jurídica aislada.

A la misma conclusión puede llegarse analizando la cuestión de la eficacia. Si se considera que la eficacia es una característica exclusiva de la norma jurídica, caeremos en el error de negar el carácter de perteneciente al ordenamiento jurídico y, por ende, de norma jurídica, a normas que son válidas pero no eficaces. La eficacia debe entenderse, también, como una característica del ordenamiento jurídico en su conjunto, sin perjuicio que pueda integrarse con normas que no han alcanzado efectividad social.

Completaremos el análisis de la teoría normativista de Kelsen seguidamente. Destaquemos aquí que, a partir de considerar al ordenamiento jurídico como sistema, es posible identificar a una norma como jurídica en tanto elemento que integra dicho sistema y a lo sancionatorio como una característica de éste aunque la sanción no siempre aparezca en la norma jurídica aisladamente considerada.

En definitiva, y como Bobbio lo destaca:

...esta posición preeminente que se le ha atribuido al ordenamiento jurídico conduce a invertir la perspectiva en el estudio de algunos problemas de la teoría general del derecho. Esta inversión se puede expresar sintéticamente de la siguiente manera: mientras que para la teoría tradicional, un ordenamiento jurídico se compone de normas jurídicas, para la nueva perspectiva, normas jurídicas son aquellas que hacen parte de un ordenamiento jurídico. En otros términos: no hay ordenamientos jurídicos porque existan normas jurídicas distintas de las normas no jurídicas, sino que existen normas jurídicas porque existen ordenamientos jurídicos distintos de los ordenamientos no jurídicos. El término 'derecho', en su más común acepción de derecho objetivo, indica un tipo de sistema normativo, no un tipo de norma (Norberto Bobbio: op. cit., pág. 149).

3. LA CONCEPCIÓN NORMATIVISTA

3.1. El orden jurídico y su gradación

Cuando conceptualizamos al ordenamiento jurídico al iniciar el capítulo, dijimos que las normas jurídicas que lo componen están ordenadas, jerarquizadas e integradas unas con otras. La concepción normativista de Hans Kelsen explica de una manera lógica la forma en que éstas se relacionan formando esa unidad superior que constituye el ordenamiento jurídico como sistema.

Describe Kelsen la estructura lógica del ordenamiento jurídico como una estructura escalonada, compuesta por un conjunto de normas (que son sus elementos constitutivos) que ocupan distintos planos por hallarse ordenadas según niveles de jerarquía, lo que determina que haya normas superiores e inferiores.

Esta gradación del ordenamiento jurídico puede representarse con fines didácticos como una «pirámide jurídica» en la que se van ubicando las diferentes normas según su jerarquía y generalidad, características que van disminuyendo a medida que descendemos las gradas normativas. Así, tomando como ejemplo el orden jurídico argentino, tenemos en la cúspide la Constitución Nacional (sancionada originariamente en 1853), con sus sucesivas modificaciones, los tratados internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional, los tratados de integración y las normas derivadas de éstos, los demás tratados y concordatos, y las leyes nacionales que dicte el Congreso (arts. 31 y 75 incs. 22 y 24 de la Constitución Nacional).

En un nivel inferior encontramos normas generales como las Constituciones Provinciales, las leyes provinciales, decretos nacionales y provinciales, ordenanzas municipales, resoluciones administrativas nacionales, provin-

ciales y municipales, etc.; si continuamos descendiendo encontraremos normas particulares o individuales que se fundan en aquellas normas de nivel superior, como las sentencias judiciales y las normas generadas entre particulares en las relaciones jurídicas en que están autorizados a hacerlo.

A partir del reconocimiento de la jerarquía normativa, Kelsen explica que las normas que componen el ordenamiento guardan entre sí dos tipos de relaciones: de fundamentación-derivación y de creación-aplicación.

3.2. La validez normativa

En este contexto el concepto de validez es equivalente al de existencia. Calificamos una norma en cuanto tal porque existe, es decir, porque es obligatoria. Esta obligatoriedad comprende a los sujetos a los que está directamente dirigida pero también se extiende a los órganos jurisdiccionales que, en caso de incumplimiento, deben imponer la consecuencia coactiva prevista.

Por otra parte, el fundamento de validez normativa permite establecer cuándo una norma es válida, es decir, en qué condiciones podemos predicar su existencia y obligatoriedad, tema al que nos referiremos a continuación.

3.3. Relaciones de fundamentación-derivación

La relación de fundamentación-derivación que se da entre las normas permite determinar la validez normativa, porque toda norma positiva del sistema encuentra su fundamento de validez en otra norma superior, de la cual deriva en cuanto esta última establece el órgano creador y el procedimiento de creación de la inferior, conforme lo señala Kelsen, al proponer un predominante criterio de validez formal.

Sin embargo, la validez normativa puede también ser vista desde el punto de vista material. En este caso, decimos que una norma es materialmente válida cuando su contenido está de acuerdo con el contenido de la norma jerárquicamente superior.

Por ejemplo, el Código Penal es formalmente válido por cuanto fue dictado por la autoridad competente (el Congreso Nacional) conforme con los procedimientos para la formación y sanción de las leyes, requisitos todos éstos que se encuentran establecidos en la Constitución Nacional que es su norma superior (arts. 75, inc. 12, 77 y siguientes de la Constitución Nacional). A su vez, es materialmente válido en cuanto no contradice los contenidos establecidos en aquélla.

De cualquier modo, para determinar la validez de una norma jurídica hay que necesariamente observarla en su relación con las normas superiores en las que encuentra su fundamento de validez formal y material.

3.4. Creación y aplicación graduada del derecho.Relaciones

Kelsen marca el error de la concepción tradicional de considerar que ambas operaciones (creación y aplicación) están claramente separadas por cuanto el Poder Legislativo crea la norma, el Poder Judicial la aplica y el Poder Ejecutivo la ejecuta, y demuestra que estos conceptos son sólo relativos.

En efecto, las funciones de creación y aplicación no son exclusivas del Poder Legislativo y Judicial, respectivamente, sino que siempre que se aplica una norma jurídica cualquiera del ordenamiento se está, al mismo tiempo, creando una norma inferior a aquella que se aplica la que, a la vez, le da su fundamento de validez. Es más, sólo es posible aplicar una norma creando otra dentro de ese marco de posibilidades que constituye la norma superior (la norma que es aplicada). No hay aplicación sin creación.

Por ejemplo, cuando el juez aplica una norma jurídica está creando una norma nueva que es la contenida en la sentencia. A su vez, el fundamento de validez de esta sentencia, tanto formal como material, está en aquella norma superior. Asimismo, cuando el Congreso Nacional crea una ley está aplicando la Constitución Nacional.

3.5. La «primera constitución»

La Constitución Nacional es la norma positiva con más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico. Pero, si nos preguntamos cuál es la validez de la Constitución actual, diremos que tiene su fundamento en que ha sido dictada según los preceptos de una Constitución anterior y ésta según los de otra anterior, y así sucesivamente hasta llegar a la primera constitución, la que no deriva su validez de ninguna otra norma positiva. La primera constitución es, en consecuencia, la norma positiva que fue instituida en un momento y por una autoridad constituyente determinada, que fundamenta la validez de todas las otras normas inferiores de la pirámide jurídica.

Pero si la primera constitución tiene la característica que todas las demás normas fundan su validez en ella pero ella no funda su validez en ninguna otra norma superior ¿cómo fundamenta su validez?, ¿de dónde obtiene el primer constituyente su poder de creación normativa?.

3.6. La «norma fundamental». Enunciado y función

Para fundamentar la validez de la primera constitución, como hemos adelantado cuando afirmamos que todas las normas remiten a una norma fundante básica, Kelsen recurre a una metanorma o hipótesis gnoseológica: la «norma

fundamental», que no es una norma positiva puesta sino supuesta, hipotética. Es el supuesto fundamental sobre el que descansa la validez de todas las normas del sistema y esa es precisamente su función: conferir al poder constituyente la facultad de producir normas, otorgando validez a todas las normas positivas del ordenamiento jurídico e imponiendo a todas las personas a quienes se dirige la primera norma positiva el deber de obedecerla.

Por lo tanto, la norma hipotética fundamental podría enunciarse de estas formas:

- La comunidad debe obedecer al poder originario.
- El primer legislador debe ser obedecido.
- El poder constituyente está autorizado para dictar normas obligatorias para toda la comunidad.

No estaría completo este desarrollo sin exponer la relación que Kelsen sostiene entre validez y eficacia. Si bien es posible distinguir ambos conceptos, esto es, validez como existencia-obligatoriedad y eficacia como efectiva obediencia y aplicación de las normas jurídicas, destaca el autor que la eficacia es una condición de la validez, es decir, que la Constitución dictada por el primer constituyente debe efectivamente imponerse y ser obedecida.

Si la Constitución no logra eficacia no podrá ser calificada de válida, de allí que el enunciado de la norma hipotética fundamental debe completarse haciendo referencia no sólo al acto de creación que debe ser obedecido sino también a que el mismo pueda calificarse de eficaz en términos generales.

Cabe destacar también que la norma fundamental no sólo es el fundamento de validez de la primera constitución histórica, sino que puede serlo de la que surgiera como consecuencia de un golpe de Estado o revolución existosa, de la que surgiría un nuevo ordenamiento válido a condición de que se impusiera eficazmente en la comunidad jurídica.

3.7. Conflictos entre normas

El problema de los conflictos entre normas o antinomias tiene una estrecha relación con la característica de coherencia propia del ordenamiento jurídico por cuanto ésta se mide en función de la presencia de aquéllas.

Decimos que existe conflicto normativo cuando dos o más normas jurídicas regulan un mismo supuesto de hecho estableciendo consecuencias jurídicas incompatibles, opuestas, contradictorias.

Veremos a continuación los tipos de conflictos que pueden presentarse así como los posibles recursos técnicos para superarlos.

Conflictos entre normas de diferente jerarquía: aparece esta antinomia cuando dos normas que regulan el mismo supuesto de hecho y asignan consecuencias jurídicas incompatibles están en diferentes gradas en la jerarquía

normativa. Este caso se resuelve en favor de la validez de la norma superior aplicando un criterio jerárquico.

Como ya lo hemos visto, la validez requiere la conformidad de la norma inferior (o fundada) con la norma superior (o fundante); aquélla resulta válida si fue dictada por la autoridad competente, según los procedimientos y sin contradecir los contenidos de ésta. De no darse estos tres requisitos, la norma inferior es inválida y debe desecharse. Sin embargo, aun en este último supuesto, es posible que se produzca la convalidación de la norma inferior. Imaginemos que el Congreso Nacional (autoridad competente) emite una ley (siguiendo los procedimientos establecidos) e incorpora un impuesto que resulta inconstitucional por confiscatorio. Estando ya en vigencia la nueva normativa y compelida a pagar, una persona recurre ante un tribunal para obtener una decisión judicial que declare la inconstitucionalidad de la ley. Si no obtiene sentencia favorable, porque el juez considera que la misma no afecta a la Constitución Nacional, y no acude a otras instancias revisoras de la decisión judicial, la sentencia dictada quedará firme y deberá tenerse por válida, aun cuando, con posterioridad, otro tribunal superior declarara la inconstitucionalidad de la ley en otro caso análogo.

Como destaca Aftalión, para este último caso Kelsen amplía la noción de validez; la norma superior ofrece una alternativa: la norma inferior va a ser válida cuando sea dictada con el contenido, por el órgano y conforme el procedimiento que prescribe la norma superior o cuando tenga cualquier contenido o sea dictada por cualquier otro órgano o con cualquier otro procedimiento, siempre que sea convalidada por el órgano pertinente. A esta convalidación que recibe la norma inferior incompatible con una norma superior se la denomina norma de habilitación.

Conflictos entre normas de igual jerarquía: aparece esta antinomia cuando dos normas de igual jerarquía regulan el mismo supuesto de hecho asignándole consecuencias jurídicas incompatibles.

En este caso el conflicto no puede resolverse apelando al criterio de «ley superior prevalece sobre la ley inferior» (criterio jerárquico) porque no hay una norma que sea superior a la otra sino que se apela a un doble criterio: el de «ley posterior prevalece sobre la ley anterior» (criterio cronológico) y el de «ley especial prevalece sobre la ley general» (criterio de la especialidad).

Conforme el primer criterio, se considera que la norma sancionada con posterioridad ha derogado tácitamente a la anterior incompatible de igual jerarquía.

De acuerdo con el segundo criterio, la norma con mayor especialidad en el tratamiento de la materia en cuestión es la que tiene prevalencia sobre la que la regula en términos más generales.

Pero, como advierte Bobbio, puede presentarse una antinomia para cuya solución estos tres criterios resulten insuficientes o, en todo caso, inaplica-

bles. Si se trata de dos normas incompatibles que son contemporáneas, con el mismo grado de especialidad y de igual jerarquía, por ejemplo, que se encuentran en el mismo cuerpo legal, entonces, los criterios estudiados no nos servirán.

El criterio que han seguido los juristas es el de la forma de la norma. Partiendo de que hay normas imperativas, permisivas y prohibitivas, en caso de conflictos de este tipo, por ejemplo entre una norma permisiva y una prohibitiva, se resuelve haciendo prevalecer la norma que concede una determinada libertad (la que confiere el permiso) por sobre la que la restringe (la que prohíbe cierta conducta).

4. UNIDAD, COHERENCIA E INTEGRIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La unidad, coherencia e integridad son características que, en mayor o menor medida, presentan los ordenamientos jurídicos. Nos referiremos separadamente a cada una de ellas:

- *La unidad del ordenamiento jurídico*: el ordenamiento jurídico se concibe como un sistema unitario en función de considerarlo como un todo compuesto por un conjunto de normas organizadas a partir de un determinado fundamento de validez.

Como señalamos, para Kelsen, la unidad del ordenamiento jurídico se apoya en la norma hipotética fundamental que, precisamente, asegura unidad y validez a todo el sistema determinando la pertenencia de las normas a ese sistema a la vez que su fundamento de validez. Los problemas de validez de normas, es decir, la presencia de conflictos entre ellas, pueden afectar la unidad del sistema.

Para Hart, en cambio, la unidad del sistema descansa sobre la denominada regla de reconocimiento que suministra criterios para determinar la validez de las normas del ordenamiento jurídico, pero que se diferencia de la norma fundamental de Kelsen en que es una norma positiva, no hipotética, aunque no dada por una autoridad, sino por una costumbre, siendo una práctica social. Esta norma de reconocimiento permite la individualización de un ordenamiento jurídico respecto de otro que depende de otra regla de este tipo ya que sólo puede haber una regla por ordenamiento. Por consiguiente, a partir de la ya referida distinción entre reglas primarias y secundarias, Hart asigna a la regla de reconocimiento (perteneciente a las secundarias) la propiedad de dar unidad al sistema, generando la obligación de obediencia por parte de los particulares como por parte de los funcionarios en cuanto destinatarios de las reglas secundarias.

- *La coherencia del ordenamiento jurídico*: el ordenamiento jurídico se concebirá como un sistema coherente si no se registran conflictos entre las normas que lo componen o, en caso de presencia de antinomias, puedan superarse mediante mecanismos que el mismo sistema provee.

Los problemas de falta de coherencia los hemos analizado anteriormente, adonde remitimos.

- *La integridad del ordenamiento jurídico*: tradicionalmente se consideraba que un ordenamiento jurídico era íntegro cuando para todo caso que se presentara en la realidad existía una norma que lo contemplara. Integridad o plenitud del ordenamiento implicaba ausencia de «lagunas» normativas, solución normativa para todos los casos que se presentaran. Actualmente, el dogma de la plenitud está superado, no es posible concebir que la multifacética y compleja realidad actual pueda estar absolutamente encapsulada en normas jurídica claramente determinadas. Es más, en ordenamientos como el argentino ha sido el mismo legislador quien asume la presencia de vacíos legales al reconocer valor vinculante a los usos, prácticas y costumbres en situaciones no regladas legalmente (art. 1 ccyc), así como al incorporar el empleo de leyes análogas, principios y valores coherentes con todo el ordenamiento jurídico (art. 2 ccyc).

A la compleja cuestión de la integridad del ordenamiento jurídico la desarrollaremos en el Capítulo XI, por lo que no nos extenderemos en esta oportunidad.

5. EL ORDEN JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL

Así como existe un ordenamiento jurídico nacional que tiene vigencia en el territorio de un Estado determinado, al que hasta aquí hemos referido, también hay un orden jurídico internacional que regula las relaciones de los diversos Estados entre sí (derecho internacional público) y las que se dan entre particulares de distintos Estados (derecho internacional privado), integrado por normas de diversa índole y origen como los pactos o tratados entre Estados o la costumbre jurídica internacional.

La existencia de este orden jurídico internacional presupone la de una comunidad jurídica internacional compuesta por los diferentes Estados.

Se ha cuestionado la existencia de un verdadero derecho internacional alegando que en éste no hay órganos centralizados, legislativos o jurisdiccionales, de los que emanen normas obligatorias. Pero la más grave objeción que se formula es que en el orden internacional no se encuentran sanciones institucionalizadas, característica propia del derecho (ya que las represalias o la guerra aparecen como actos de fuerza más que verdaderas sanciones).

Como afirma Miguel Reale, esta objeción es insostenible por cuanto el derecho se caracteriza por la coerción más que por la coacción efectiva y concreta y no puede negarse que ésta exista en el plano del derecho internacional.

Admitida la existencia de un orden jurídico internacional, la cuestión que se plantea es determinar si los ordenamientos jurídicos nacionales y el internacional son órdenes independientes o si, por el contrario, hay algún tipo de subordinación entre ambos.

5.1. Monismo y dualismo

Una doctrina dualista plantea que los fundamentos de validez de uno y otro ordenamiento son absolutamente independientes, de modo que no habría forma de basar la validez de las normas de uno en el otro. Se trata de dos órdenes separados que coexisten paralelos e independientes.

En este sentido, Carlos Nino expresa:

Parece que la posición más coherente es la que se ajusta al sentido común, que considera sistemas independientes el derecho internacional y cada uno de los sistemas nacionales, por ser distintos conjuntos de normas reconocidas como soberanas que constituyen la base de cada uno de tales sistemas (Carlos Nino: op. cit., pág. 144).

Una doctrina monista, como la de Kelsen, entiende el orden jurídico nacional subordinado al orden jurídico internacional dándose una primacía de éste sobre aquél.

La validez de los ordenamientos jurídicos nacionales depende del orden internacional, tanto que la norma fundamental del ordenamiento jurídico nacional es una norma positiva del derecho internacional en cuanto establece la obediencia a un orden jurídico eficaz. Es lo que constituye el llamado principio de efectividad, conforme el cual debe tenerse por ordenamiento jurídico el que se haya establecido eficazmente por un Estado; mediante él el derecho internacional delimita exteriormente el ámbito de validez de los ordenamientos nacionales al tiempo que fundamenta su validez.

Como dijimos, el orden jurídico internacional está compuesto mayormente por normas de origen consuetudinario –que son las que surgen del comportamiento de los Estados– y por los tratados y convenciones. También, pero excepcionalmente, se encuentran normas emanadas de órganos centralizados como las Naciones Unidas, pero que serían más bien recomendaciones hacia los Estados. Lo que da validez a los tratados entre Estados es la costumbre jurídica internacional, fundamentalmente una norma que la compone: *pacta sunt servanda* (los pactos entre los Estados deben cumplirse).

Es posible también formar una «pirámide jurídica» del derecho internacional en la cual las normas de menor jerarquía serían los pactos entre Estados que tienen su fundamento de validez en la costumbre jurídica y la norma *pacta sunt servanda* que está en una grada superior. Si nos preguntamos por el fundamento de validez de esta norma consuetudinaria, se llegará a la norma fundamental del derecho internacional que se enuncia así: «Los Estados deben comportarse en la forma en que solían hacerlo».

Como se advierte, la costumbre jurídica internacional es la grada más alta en la pirámide (así como lo era en el orden nacional la primera constitución) y no tiene fundamento en ninguna norma positiva superior, sino en la norma fundamental del derecho internacional que legitima y fundamenta la validez de las normas consuetudinarias internacionales considerándolas como un hecho de creación jurídica.

5.2. Pluralidad, tipos y relaciones entre ordenamientos

Ubicándonos en una tesis dualista, de aceptación de la existencia de diversos ordenamientos jurídicos, esto es, desde el pluralismo jurídico, veremos ahora de qué tipo son y cuáles son las relaciones que se establecen entre ellos.

Partimos de la idea de que existen ordenamientos jurídicos estatales relacionados entre sí, que un ordenamiento estatal puede estar compuesto por ordenamientos diversos que están estratificados y unidos en ese orden estatal superior y, además, de aceptar la existencia de ordenamientos supraestatales (derecho internacional).

Sobre la base del pensamiento de Bobbio, las relaciones entre los distintos órdenes jurídicos según el criterio del diverso grado de validez pueden ser:

- de coordinación: tienen lugar entre Estados soberanos cuando dos o más de ellos suscriben pactos en una relación en la que cada uno se encuentra en un mismo plano respecto del otro.
- desubordinación: se dan entre ordenamientos de distinta jerarquía, por ejemplo, entre la comunidad internacional y los Estados, en el marco de la «teoría monista» del Estado.

Otro criterio de clasificación de las relaciones, propuesto por el autor citado, es el que tiene en cuenta la diferente extensión de los ámbitos de validez de los ordenamientos. Sobre la base de ello, las relaciones son:

- de exclusión total: cuando los ámbitos de validez de dos ordenamientos se excluyen totalmente de modo que no puede haber superposición, como ocurre entre dos ordenamientos jurídicos estatales.
- de inclusión total: cuando uno de los ordenamientos tiene su ámbito de validez totalmente dentro del otro, como el orden jurídico de una provincia con respecto al orden jurídico nacional.

- de exclusión o inclusión parcial: cuando dos ordenamientos tienen una parte de su ámbito de validez en común. Se da, por ejemplo, cuando un ordenamiento supraestatal absorbe parte de un ordenamiento diferente, no totalmente, como el caso de la Unión Europea.

6. DERECHO OBJETIVO. DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

La cuestión de la división del derecho objetivo en público y privado, originada en los juristas romanos, reviste más importancia en los países de tradición continental-romanista como el nuestro.

Como analizaremos a continuación, existen concepciones que no distinguen estos dos grandes sectores, así como otras que sí lo hacen desde diferentes criterios.

6.1. Concepciones unificadoras

Referiremos sucintamente el pensamiento de autores relevantes cuyas teorías niegan la distinción entre derecho público y privado:

León Duguit. A partir de negar la existencia del Estado, lógico es que niegue también la distinción en cuestión. Si no existe Estado, tampoco existirán normas que regulen su actividad como persona superior en su relación con las personas subordinadas. Sólo existen gobernados, los gobernantes son gobernados que también están sometidos, como todos, al derecho; de modo que no hay personas de derecho público y de derecho privado sino personas individuales que son sujetos de derecho.

Hans Kelsen. Entiende que la distinción es meramente relativa porque no surge de la esencia del derecho. Desplaza la discusión al plano de la relación jurídica y, más precisamente, al deber jurídico.

Hay casos en que el deber jurídico de una persona surge con su participación a partir de una declaración de voluntad conjunta con la del titular del derecho subjetivo, se trata de una relación jurídica privada, por ejemplo, un contrato. Pero hay otros casos en que el deber surge por una declaración unilateral del titular del derecho subjetivo, sin participación del obligado y es aquí donde habría una relación jurídica pública que se da a partir de que hay ciertos órganos del Estado que tienen la facultad de obligar, por una declaración unilateral, a los particulares.

Por lo tanto, lo que distingue Kelsen es relación jurídica privada y relación jurídica pública según que el sujeto obligado haya participado o no, respectivamente, en la creación de la norma que lo obliga.

6.2. Criterios de distinción

Mencionaremos ahora autores que han construido teorías que, con diferentes criterios, admiten la distinción entre derecho público y privado.

Ulpiano. Esta distinción, también llamada clásica, es la que procede de los juristas romanos, quienes fueron los primeros en hacerla.

Parte de considerar que la distinción entre ambos sectores del derecho es sustancial (a partir del contenido).

El contenido de toda relación jurídica es siempre un interés en juego. Lo que va a distinguir la naturaleza de pública o privada de una norma o conjunto de normas será la índole de ese interés que pretende resguardar o garantizar a partir de existir un interés público o general y uno privado o particular.

En las relaciones jurídicas públicas se atiende inmediatamente un interés general mientras que en las privadas el interés es meramente particular.

Una de las críticas que se le han formulado radica en la dificultad para establecer dónde termina el interés particular y empieza el general y viceversa, no pudiéndose efectuar una separación absoluta entre ellos. Hay ciertos sectores del derecho donde es muy difícil determinar si lo que prevalece es uno u otro interés, como las relaciones de familia, por ejemplo.

Friedrich Karl von Savigny. También utilizando un criterio sustancial von Savigny hace la distinción en consideración al fin. En el derecho público el fin es el Estado, donde el individuo ocupa un lugar secundario, mientras que en el derecho privado el fin es el individuo.

Sin embargo, como vimos al referirnos a las personas jurídicas, el Estado puede actuar como persona jurídica de carácter particular en relaciones jurídicas privadas.

Georg Jellinek. Hace la distinción en función del plano en que se ubican las entidades intervinientes en una relación jurídica.

En las relaciones de derecho privado las partes están en un mismo plano, en una relación de coordinación, porque el derecho privado regula las relaciones de los particulares entre sí.

El derecho público regula relaciones en las que una de las partes (el Estado) está dotada de *imperium*, poder o autoridad en un plano superior a la otra (los particulares), constituyéndose una relación de subordinación.

7. LAS «RAMAS DEL DERECHO»: NOCIONES ELEMENTALES

Con el término «rama» nos referimos a un conjunto de normas que regulan una materia determinada (civil, penal, procesal, etc.).

El ordenamiento jurídico es una unidad pero puede dividirse en ramas atendiendo a una finalidad tanto científica como didáctica.

Como muy claramente lo reseña Aftalión, todas las relaciones jurídicas presentan un aspecto público y uno privado, por lo que la distinción entre derecho público y privado se hace conforme al predominio de uno u otro aspecto en las diferentes ramas del derecho. De ello resulta que hay sectores que son claramente de derecho público o claramente de derecho privado, pero hay también una zona intermedia compuesta por ramas cuya ubicación en uno u otro es de difícil definición. A este problema podemos agregar el hecho de que paulatinamente se van constituyendo nuevas disciplinas con cierto grado de autonomía como desprendimiento de las ya existentes, como por ejemplo el derecho de daños, el derecho ambiental, el derecho registral, el derecho del consumidor, etc.

Sin perjuicio de ello, podemos enunciar que pertenecen al Derecho Público las siguientes ramas:

- *Derecho Constitucional*: que regula la organización de la estructura del Estado en cuanto a la distribución de competencias de los diferentes órganos que lo componen así como lo concerniente a los derechos fundamentales del individuo; es decir, organiza el poder (estableciendo la estructura del Estado, la forma y el régimen de gobierno, discriminando competencias, etc.) y establece las garantías otorgadas a los individuos.
- *Derecho Administrativo*: es el que regula la organización y funcionamiento de los servicios públicos en beneficio de la comunidad, es decir, la actividad del Estado, en especial del Poder Ejecutivo, como administrador de los servicios públicos.
- *Derecho Penal*: regula las conductas delictivas tipificando los delitos con la consiguiente previsión de las penas aplicables.
- *Derecho Procesal*: regula la organización de los tribunales de justicia así como la actuación de los jueces y las partes en los procesos judiciales, posibilitando el ejercicio de la defensa de los derechos.
- *Derecho Internacional Público*: regula las relaciones entre los diferentes Estados.

- *Derecho Financiero y Tributario*: es el que tiene por objeto la regulación de la actividad del Estado en lo que concierne a la forma de realización de los ingresos y gastos en la administración de los ingresos públicos.
- *Derecho Laboral*: es el que regula las relaciones generadas por el trabajo y puede considerarse una rama mixta en cuanto parcialmente sus normas pertenecen al Derecho Privado como lo referido al contrato de trabajo, mientras que son de Derecho Público las que regulan la intervención administrativa del Estado como policía del trabajo, homologación de convenios colectivos, etc.

Pertenecen al Derecho Privado las siguientes ramas:

- *Derecho Civil*: es el que regula a la persona como sujeto de derecho y obligaciones, ya sea considerándose en su individualidad (estableciendo su personalidad jurídica, sus atributos, su capacidad, etc.), o en sus relaciones familiares (matrimonio, responsabilidad parental, adopción, etc.), en sus relaciones con los bienes (regulación y clasificación de los bienes, posesión, derechos reales, etc.), así como en lo relativo a las sucesiones.
- *Derecho Comercial*: regula las relaciones de personas (físicas o jurídicas) que realicen actos de comercio.
- *Derecho Agrario*: regula las relaciones derivadas de la explotación agrícola y pecuaria.
- *Derecho de la Navegación*: regula las relaciones derivadas de la navegación, tanto civil como mercantil, aérea, marítima y fluvial.
- *Derecho Internacional Privado*: que regula las relaciones de carácter privado entre particulares de diferentes Estados.

La anterior no es una enumeración ni una conceptualización exhaustiva de la totalidad de las ramas de nuestro ordenamiento jurídico, sino sólo de las que pueden considerarse las principales y sus aspectos elementales, estimando que no cabe en el desarrollo de esta obra un análisis enciclopedista que incluya una mayor profundización en el tema.

7 Órganos y formas de producción normativa

1. LAS DENOMINADAS «FUENTES DEL DERECHO»

Hemos analizado ya la norma jurídica como elemento principal del derecho, tanto en su individualidad como en su pertenencia e integración al ordenamiento jurídico del que es parte. Daremos ahora un paso más en la comprensión de lo jurídico abocándonos a indagar el origen y los modos de producción normativa.

Tradicionalmente este tema es tratado bajo la denominación «fuentes del derecho», siendo clásica la distinción entre fuentes formales y materiales. El Código Civil y Comercial actualmente vigente, en su art. 1ro., emplea esta terminología en el título de «Fuentes y aplicación» que encabeza dicha disposición. En la misma reconoce como las fuentes formales del derecho, en primer lugar a la ley que resulte aplicable, conforme a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.

Sorprende que en la enumeración esté ausente la jurisprudencia, de la que luego nos ocuparemos. Sí reconoce como fuentes a los usos, prácticas y costumbres como reglas vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarias a derecho.

Hemos tenido oportunidad de sostener que el término fuente es equívoco y su uso se ha extendido a la designación de problemas absolutamente diferentes. Se lo emplea, por ejemplo, para referir a entidades como la «conciencia jurídica» o el «sentimiento jurídico», la naturaleza humana o Dios, con lo que se alude al fundamento que puede darse al derecho conforme los distintos puntos de vista.

También se usa la palabra «fuente» para aludir a los motivos que determinan y proveen de contenido a la creación normativa, como los factores sociales, económicos, políticos, morales, etc. (las ya mencionadas fuentes materiales), así como en sentido histórico para referir a los antecedentes del derecho vigente, y en otros sentidos que por su número y diversidad no hacen más que confundir a quien se inicia en el estudio del derecho.

No obstante ello, la denominación del tema como el estudio de las fuentes del derecho mantiene una larga tradición, ahora reiterada por el legislador civil. Por tal razón no es conveniente desecharla.

Nos proponemos ahora dar cuenta del origen de la creación normativa con referencia a la autoridad u órgano competente de producción, comprendiendo también las formas en que se lleva a cabo esa producción, es decir, los actos o procedimientos de creación, que son los que habitualmente integraban la noción de fuentes formales.

Para ello es necesario ubicarnos en un sistema determinado, en nuestro caso el ordenamiento jurídico argentino, dado que la existencia de una diversidad de culturas jurídicas motiva diferencias en cuanto a órganos y modos de producción normativa, como ocurre entre los dos grandes sistemas tradicionales, el romanístico, propio de la Europa continental, al que pertenecemos, en el que el primordial modo de creación es la ley o derecho escrito, y el anglosajón, denominado del *Common Law*, principalmente basado en la jurisprudencia y la costumbre, básicamente en el precedente judicial.

También es necesario tener en cuenta que la aplicación y valor que se adjudica a cada fuente formal del derecho debe analizarse específicamente en relación a una rama o parcela del derecho porque no todas ellas tienen igual significación concretamente consideradas.

El desarrollo en general del tema nos permitirá aplicar conceptos ya analizados, como los de regla secundaria y validez normativa. El primero, porque toda estructura normativa tiene un determinado número de normas de segundo grado que establecen los órganos y procedimientos de formulación de normas jurídicas (reglas de cambio), así como el modo de determinar la pertenencia de éstas al sistema (regla de reconocimiento), de lo que nos ocupamos en el Capítulo IV.

El segundo, porque la conexión con la validez, específicamente con la validez formal, está dada porque las normas, para alcanzar tal carácter, deben haber sido creadas por la autoridad competente a través de los procedimientos establecidos en una norma jerárquicamente superior, según lo hemos expuesto en el capítulo anterior. Recordemos que, como ya se analizó en esa oportunidad, todas las normas jurídicas necesariamente remiten a la norma positiva de mayor jerarquía –la Constitución Nacional– para confrontar su validez.

Dicha conexión, como una suerte de paralelismo, la efectúa Rafael de Asís –autor de la Lección Octava de la ya citada obra realizada con G. Peces-Barba y E. Fernández, *Curso de Teoría del Derecho*– entre el doble criterio de validez normativa (formal y material), en particular el criterio de la validez formal al que hemos hecho referencia, y el tema de los órganos productores de normas jurídicas y la forma o procedimiento de creación normativa, en el sentido que en todo acto de manifestación de normas jurídicas está implicado el problema de la competencia de la autoridad para producir dichas normas y si ha cumplido con los procedimientos establecidos. Nosotros proyectamos este concepto a la competencia de todas las autoridades normativas, tanto oficiales como particulares, que se expondrán luego con más detalle.

Finalmente, cabe destacar otro aspecto, no ya de carácter formal, que refiere a la legitimidad de los órganos de producción normativa que aparecen como centros reconocidos socialmente como autorizados (legitimados) para «decir» el derecho en un momento histórico determinado.

2. LA CONSTITUCIÓN NACIONAL COMO FUNDAMENTO DE LA CREACIÓN NORMATIVA

Como ya señalamos, para determinar la validez de una norma inferior debe remontarse una «cadena de validez» que culmina en la Constitución Nacional, como norma suprema del ordenamiento jurídico. En ella tienen respuesta dos interrogantes básicos del sistema, como quién es la autoridad con atribución para la creación normativa y qué procedimientos debe cumplir para ello, que sencillamente podrían sintetizarse en estas dos preguntas:

- ¿Quién hace las normas?
- ¿Cómo debe elaborarlas?

Nuestra Constitución Nacional fue sancionada el 1º de mayo de 1853 y reformada en 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994. En ella se fundamenta el sistema jurídico argentino. Constituye un texto único, escrito, orgánico y supremo mediante el cual se explicitan los derechos personales y sociales más importantes (parte dogmática) y se estructura el poder del Estado, estableciendo los órganos de gobierno (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial) y sus competencias específicas (parte orgánica).

Este aspecto estructural de la Constitución Nacional es el que aparece más relevante para el tema que estamos tratando, porque refiere a las autoridades normativas y a las atribuciones que se confieren a cada una de ellas; configura no solamente el rol creador sino también el que caracteriza los distintos actos de creación integrados por procedimientos expresamente establecidos, como ocurre, por ejemplo, con la ley nacional, o delegando en ésta la determinación de los sujetos productores de normas y las formas de producción correspondientes a cada uno de ellos, como lo desarrollaremos luego.

Sin embargo, es importante también destacar el significado de la Constitución desde el punto de vista ideológico, porque sus principios y directrices conforman un conjunto de valores jurídico-políticos donde descansa la organización institucional del Estado, actuando en este aspecto como límite a los contenidos de la totalidad de las normas inferiores, así como a los resultados de toda interpretación que deba efectuarse para su aplicación judicial. Su importancia se robustece con la reforma constitucional de 1994, con motivo de la recepción de los tratados internacionales de Derechos Humanos y la equiparación de algunos de ellos a la carta magna por su jerarquía consti-

tucional (art. 75, inc. 22CN). De este modo se amplió el sistema de garantías del texto original previsto en la Primera Parte de la Constitución Nacional, cuyos principios y valores fueron ratificados, entendiéndose los tratados de Derechos Humanos como complementarios de los derechos y garantías preexistentes, consolidándose un cuerpo normativo que la doctrina denomina «bloque de constitucionalidad».

De tal modo se incorporó una nueva cultura que resignificó el contenido ideológico constitucional tendiente a garantizar la constitucionalidad de la normativa infraconstitucional y a limitar el poder estatal en salvaguarda y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, considerados directamente operativos y aplicables por parte de jueces y operadores jurídicos.

Nuestro país consagraba así las transformaciones jurídicas que desde las últimas décadas venían perfilando un modelo de Estado Constitucional de Derecho en oposición al Estado legalista o legislativo, paradigma dominante del Estado liberal decimonónico. Los cambios normativos que le dieran origen se sitúan principalmente en los ordenamientos de Europa continental y fueron resultado de la sanción de las constituciones europeas posteriores a la segunda guerra mundial (Italia, 1947; Alemania, 1949; Grecia, 1975; Portugal, 1976; España, 1978), de cuyos textos, de la doctrina que los sustenta y de la actividad jurisprudencial de sus respectivos tribunales constitucionales, se generó un modelo que se caracteriza por la presencia y predominio de una Constitución como norma suprema, efectivamente aplicable, que derrama su omnipresencia sobre la totalidad del derecho, que supone una rematerialización de su contenido debido a la incorporación de un catálogo de derechos fundamentales, en la forma de principios, que ha venido a modificar sustancialmente el sistema de fuentes y la interpretación jurídica que realiza el Poder Judicial en su tarea primordial de aplicación normativa a los casos concretos.

Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en vigencia desde el 1ro. de agosto de 2015, dicho paradigma impacta en lo que se ha denominado la «constitucionalización del derecho privado». Así surge con toda claridad del art. 1ro. del ccyc que puntualiza la jerarquía de las fuentes del derecho y las exigencias de su aplicación al señalar que «los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte», de donde emerge que todo acto de interpretación jurídica legal impone al operador realizar tanto un «test de constitucionalidad» como un «test de convencionalidad» para determinar la armonización de los contenidos del derecho que suponen los pronunciamientos válidos.

Asimismo, el Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo segundo, ha incorporado una mención a los «principios y valores». Si bien parece estar enunciado como un recurso interpretativo por el título de la disposición:

«interpretación», entendemos de su coherencia con el artículo anterior una referencia más profunda que evidencia que dichas enunciaciones generales o valoraciones insertas en el punto más relevante del ordenamiento jurídico funcionan como fuentes principales de donde abreviar al momento de toda aplicación normativa.

Señalemos finalmente que los aspectos formales requeridos para la creación constitucional consisten en que su sanción originaria y sus modificaciones deben realizarse por Convenciones Constituyentes convocadas al efecto. Estas son asambleas de «representantes del pueblo de la Nación Argentina», como menciona el Preámbulo para definir que es en el pueblo donde radica el poder constituyente. La atribución para declarar la necesidad de reformar la Constitución se encuentra delegada en el Congreso (Poder Legislativo), que está facultado para declararla con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros, así como para regular el procedimiento a seguir en cada caso (art. 30 CN). Por ejemplo, la última reforma, realizada en Santa Fe en 1994, fue fruto de la Ley 24309, que estableció la obligación de votar en bloque las enmiendas propuestas, así como dispuso que la convención contara con un número de integrantes igual al total de legisladores que por cada provincia y la capital federal componían el Congreso Nacional, electos mediante representación proporcional.

3. ÓRGANOS DE PRODUCCIÓN NORMATIVA

Hemos anticipado que los órganos de producción son aquellos a los que un orden jurídico determinado confiere competencia para la creación de normas jurídicas. Ciñéndonos al ordenamiento jurídico argentino, los órganos de producción normativa pueden clasificarse, mediante un criterio que tiene en cuenta su origen, en oficiales y particulares.

3.1. Los órganos oficiales de producción normativa

Los que hemos denominado órganos oficiales de producción de normas jurídicas son aquellas autoridades del Estado que, en nuestro sistema republicano de gobierno (art. 1º de la Constitución Nacional), conforman los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, quedando comprendidas las autoridades provinciales y locales, dado nuestro régimen federal, así como las de las entidades autárquicas que constituyen personas de carácter público.

El principal órgano de creación normativa es el Poder Legislativo, única autoridad de la que emerge la ley, que en el orden nacional se encuentra regulado en la Sección Primera del Título Primero de la Segunda Parte de

la Constitución Nacional (arts. 44 a 86). Su producción puede denominarse, en consecuencia, derecho legal.

El Poder Ejecutivo es también competente para dictar normas jurídicas, lo que habitualmente realiza por decreto, que puede clasificarse en delegado, reglamentario de la ley, de necesidad y urgencia o estar destinado en forma general o particular a regular la actuación de la administración en sus diferentes funciones. Su competencia se encuentra determinada en la Sección Segunda del Título Primero de la Segunda Parte de la Constitución Nacional (arts. 87 a 107).

Por su parte, el Poder Judicial es también un centro de donde emanan normas jurídicas y se encuentra previsto en la Sección Tercera del Título Primero de la Segunda Parte de la Constitución Nacional (arts. 108 a 120). En tal sentido, es claro que cuando un juez o cualquier órgano jurisdiccional resuelve concretamente un conflicto jurídico crea normas de carácter individual, es decir, sólo referidas a las partes integrantes de ese caso o litigio. Es, sin embargo, más complejo determinar hasta qué punto el sistema autoriza al Poder Judicial a producir normas de carácter general, como analizaremos en el próximo capítulo al considerar la función de la jurisprudencia, a la que tradicionalmente se ha asignado tal cometido entre nosotros.

Análogamente a lo descrito en el orden nacional ocurre en las provincias, en el marco de las competencias materiales y territoriales de las autoridades provinciales conforme lo establece el art. 5 y el Título Segundo de la Segunda Parte de la Constitución Nacional (arts. 121 a 129).

Los concejos deliberantes e intendentes municipales, por su parte, son también órganos oficiales de creación normativa que se manifiestan predominantemente mediante ordenanzas y decretos, tal como lo prevén las respectivas Constituciones Provinciales en el marco de sus competencias.

Igualmente, actúan como órganos normativos las autoridades de entidades autárquicas, mediante disposiciones destinadas a la regulación de su funcionamiento.

3.2. Los órganos particulares de producción normativa

Hemos enunciado hasta aquí los órganos que genéricamente denominamos oficiales. También los particulares desempeñan un importante papel en la creación normativa, sea a través de grupos sociales indiferenciados, a cuya producción denominamos derecho consuetudinario o costumbre jurídica, o de grupos orgánicos (p. ej. organizaciones sindicales) o individuos (p. ej. intervinientes en la celebración de un contrato), que el ordenamiento jurídico autoriza, bajo ciertas condiciones, a la producción de normas generales, en el primero y segundo caso, o individuales o particulares, en el tercero, de todos los que nos ocuparemos a continuación y en el próximo capítulo.

4. FORMAS DE PRODUCCIÓN NORMATIVA

Al exponer sobre las autoridades u órganos de producción normativa, ya hemos anticipado las denominaciones de la concreta producción de cada una de ellos. Veamos ahora con más detalle las formas o procedimientos reglados que deben respetar esas autoridades para la creación de normas jurídicas, manteniendo la distinción entre oficiales y particulares. Haremos una rápida enunciación sin perjuicio de que posteriormente nos aboquemos al análisis en particular de cada una de ellas.

4.1. Formas oficiales de producción normativa

Los diferentes procedimientos oficiales de creación normativa son:

La ley. Las normas jurídicas legales, resultado de la actividad productora del órgano legislativo, se manifiestan en forma escrita, general y abstracta. El procedimiento de producción de normas legales está establecido en la Constitución Nacional en el Capítulo Quinto «De la formación y sanción de las leyes» de la Sección primera, Título primero de la Parte Segunda, en donde se describen las distintas etapas que debe cumplir el órgano productor (Poder Legislativo) para la sanción de la ley.

Como el Poder Legislativo es la autoridad por excelencia productora de normas jurídicas, las normas legales están jerárquicamente por encima de las que surgen de otras autoridades de producción las que, de alguna manera, encuentran en ellas un límite.

El decreto. Couture define a los decretos como aquellas resoluciones del Poder Ejecutivo, de carácter general o particular, expedidas en el ejercicio de su función administradora. Como se verá más adelante con mayor precisión, pueden ser emitidos por dicha autoridad para reglamentar una ley, para regular, sea en forma general o particular, la actuación de la administración pública en sus diversas funciones o bien dictarlos por delegación del Congreso en determinadas materias o por razones de necesidad y urgencia para regular una situación concreta que revista ese carácter.

El decreto o reglamento es, entonces, el fruto de la actividad creativa de normas a cargo del órgano ejecutivo, del Poder Ejecutivo. Tanto la potestad normativa de esta autoridad como el procedimiento que ella debe seguir en su actividad normativa, cuyo producto es el decreto, están establecidos en la Constitución Nacional en el art. 99, incisos 2 y 3.

Las ordenanzas municipales. La ordenanza y el decreto o reglamento municipal son el fruto de la producción normativa a cargo de las autoridades del municipio, ya sea el concejo deliberante que es su órgano legislativo, o el intendente, que es su órgano ejecutivo. El procedimiento de producción de

las normas emitidas por dichas autoridades municipales está establecido en la respectiva Constitución de la Provincia de la que el municipio forme parte.

La sentencia. El órgano jurisdiccional, en ejercicio de su función específica de aplicar el derecho a los casos concretos, crea normas jurídicas individuales en las que se establecen los derechos y deberes de las partes intervinientes en un juicio, a quienes exclusivamente alcanzan sus efectos.

La sentencia es el acto por el cual el juez, cumpliendo con ciertos requisitos de forma o procedimiento, pone fin a un proceso judicial al tiempo que, al establecer los derechos y deberes de las partes, crea una norma jurídica. Se configura, entonces, como una autoridad normativa siendo el producto de su actividad creadora la sentencia, a la que el órgano jurisdiccional debe llegar cumpliendo con las formas establecidas en los respectivos Códigos de Procedimientos o Procesales de cada provincia.

La jurisprudencia. Como se expondrá en particular en el capítulo siguiente, la jurisprudencia es la producción normativa a cargo de los jueces que se origina en la reiteración de criterios interpretativos uniformes, dentro del marco legal, expuestos en las sentencias dictadas por distintos magistrados al resolver casos similares; surge mediante este procedimiento una norma general aplicada en dichos casos que razonablemente se espera se aplique también en los casos futuros.

Pero no es éste el único procedimiento para «sentar jurisprudencia». También una sola sentencia puede hacerlo cuando proviene de un tribunal superior o de gran prestigio, que al resolver un litigio, al mismo tiempo que crea una norma individual, origina una norma general que es la que justamente aplica en ese caso concreto, la que razonablemente se espera se aplique igualmente en casos futuros por el mismo tribunal, otros tribunales y jueces inferiores. En tal sentido pueden verse ejemplos en ciertos pronunciamientos del más alto órgano jurisdiccional del país, la Corte Suprema de Justicia, cuando reconoció el recurso de amparo, la indexación monetaria en épocas inflacionarias, la causal de arbitrariedad en el recurso extraordinario, el derecho a contraer nuevas nupcias al divorciado, etc., casos todos éstos donde sus criterios interpretativos se anticiparon a la creación legal sin generar incompatibilidades normativas dentro del sistema.

El Poder Judicial se configura, en consecuencia, como una autoridad de la que emanan, mediante los procedimientos indicados, no sólo normas individuales sino también generales, como analizaremos con más detalle en el próximo capítulo.

4.2. Formas particulares de producción normativa

Los procedimientos particulares de creación normativa son:

La costumbre jurídica. Este modo de producción normativa consiste en la repetición constante y uniforme de conductas por la generalidad de los individuos de una comunidad o grupo de ésta, con la convicción de su obligatoriedad.

El conjunto de las normas jurídicas producidas por el grupo social, que actúa como autoridad normativa, configura la costumbre jurídica o derecho consuetudinario, que será analizado en detalle en el siguiente capítulo.

La potestad normativa por la que el grupo social se configura como un centro de producción de normas jurídicas le es conferida por la ley, en cuanto el art. 1 del ccyc establece que los usos, prácticas y costumbres son vinculantes, es decir, pueden crear derechos y obligaciones, cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho. Con ésta última expresión el legislador descarta a la denominada costumbre contra la ley que, no obstante, plantea problemas a los que luego nos referiremos.

La convención colectiva de trabajo. La convención colectiva, tal como la ha definido la Conferencia General de la OIT, es «todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional».

La Constitución Nacional, en el art. 14 bis, garantiza el ejercicio de esta potestad normativa a los particulares agrupados en organizaciones sindicales (gremios) para la defensa de sus derechos laborales, estando regulado legalmente el procedimiento o forma en que dichos contratos colectivos deben celebrarse. En el próximo capítulo las trataremos con más detalle.

El negocio jurídico. Como ya hemos definido en el Capítulo v, el negocio jurídico es un acuerdo de voluntades por el cual las partes regulan sus derechos y obligaciones. De este modo los particulares ejercitan la facultad de darse sus propias normas contractuales. Esta potestad normativa, generadora de normas jurídicas individuales, les ha sido conferida por la ley y es una manifestación del principio de libertad de contratación consagrado en el art. 958 del ccyc.

5. LA LEY

5.1. Definición y caracteres

La ley, en cuanto resultado de la actividad del órgano legislativo –en nuestro sistema el principal poder productor de normas jurídicas– puede ser entendida en un sentido amplio y en un sentido estricto. En sentido amplio es considerada como sinónimo de derecho escrito de contenido general. Por lo tanto, la palabra ley es más comprensiva y puede emplearse para referir a las leyes nacionales y provinciales, los decretos del órgano ejecutivo, las disposiciones de las autoridades municipales y a la misma Constitución Nacional en cuanto se la menciona como la «ley fundamental».

En un sentido restringido, es considerada como el instrumento que, siguiendo los procedimientos establecidos en la Constitución Nacional para su creación, tiene un contenido jurídico general, excepcionalmente particular. Es en este último sentido restringido en el que vamos a situar nuestro estudio de la ley, analizando, como ya se adelantó, su órgano productor así como la forma o procedimiento de creación.

Podemos definir la ley diciendo que: «Es la norma general establecida mediante la palabra escrita por el órgano legislativo cumpliendo con las formas o procedimientos de creación estipulados constitucionalmente».

A partir del concepto precedente, es posible identificar los caracteres que la ley presenta en cuanto producto del poder creativo del órgano legislativo:

La ley es norma general, aquella regulación genérica de la conducta que alcanza a un número indeterminado de destinatarios. Aquí radica la característica de ser norma general que atribuimos a la ley por oposición, por ejemplo, a las normas jurídicas particulares que se dan las partes en los negocios jurídicos y a las normas jurídicas individuales que contienen las sentencias judiciales, cuya regulación sólo alcanza a las partes del contrato, en el primer caso, o a las partes del proceso, en el segundo. Sin embargo, y como ya lo hemos referido en otra ocasión, la ley puede tener un alcance más restringido a casos determinados como, por ejemplo, una ley que concede una pensión a una persona por un motivo concreto.

La ley tiene, asimismo, la característica de ser obligatoria, por lo que sus destinatarios deben, a partir de su entrada en vigencia o comienzo de la obligatoriedad, ajustar su conducta a la regulación en ella establecida. Más adelante analizaremos el tema del comienzo y el fin de la obligatoriedad de la ley.

Es norma escrita, en cuanto su forma de expresión es la palabra escrita.

Otra característica de la ley es ser norma emanada de una autoridad con competencia específica para crear normas jurídicas siguiendo procedimientos preestablecidos. Es el producto de la principal autoridad normativa: el Poder Legislativo Nacional.

Miguel Reale destaca la característica de la ley de ser constitutiva de derecho. Como ya lo hemos manifestado, de las diferentes normas jurídicas que resultan de la creación normativa de las autoridades tanto oficiales como particulares, sólo ella es capaz de innovar en el derecho ya existente mientras que las otras deben respetar el marco que ésta configura, así como dichas autoridades tienen la potestad de producción normativa en cuanto ella se la confiere.

Como síntesis, reiteremos los caracteres de la ley como:

- norma general
- obligatoria
- escrita
- emanada de una autoridad competente siguiendo procedimientos preestablecidos
- constitutiva de derecho

5.2. Procedimiento de creación legal

Noción de las distintas etapas del proceso legislativo

Para la creación de la ley es necesario que se cumpla con el procedimiento que, como ya adelantamos, está establecido en la Constitución Nacional, bajo el título «De la formación y sanción de las leyes».

Las diferentes etapas del proceso legislativo son:

- iniciativa
- discusión
- sanción
- promulgación
- publicación

Iniciativa: La iniciativa consiste en la propuesta de un proyecto de ley al órgano legislativo para que éste lo discuta y eventualmente lo sancione.

La propuesta de un proyecto de ley puede provenir:

- De cualquiera de las Cámaras, la de diputados o la de senadores, por proyectos presentados por sus miembros, sin perjuicio que a la Cámara de Diputados le corresponde, exclusivamente, la iniciativa de proyectos de leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas (arts. 52 y 77 de la CN). Por su parte, la Cámara de Senadores es Cámara de origen en materia de ley convenio de coparticipación impositiva (art. 75 inc. 2 de CN).
- Del Poder Ejecutivo (art. 77 de la CN).
- De los ciudadanos, que deben presentarlas ante la Cámara de Diputados y no podrán ser referidas a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto ni materia penal (art. 39 de la CN). La denominada

«iniciativa popular», incorporada por la última reforma constitucional, se encuentra reglamentada por la Ley 24.747, en la que se establecen los requisitos que deben cumplirse para la presentación de proyectos por los ciudadanos, así como los procedimientos a realizarse previos a su admisión.

La misma establece que la iniciativa requiere la firma de un número de ciudadanos no inferior al 1,5% del padrón electoral correspondiente a la última elección de diputados nacionales, representando el equivalente a por lo menos seis distritos electorales. Deberá presentarse por escrito, redactando la petición en forma de ley, exponiendo sus motivos, describiendo los gastos y recursos generados por la presentación, consignando los nombres y domicilios de los promotores de la misma y adjuntando un pliego con las firmas de los peticionantes y sus datos personales. La autenticidad de estas últimas será verificada por la justicia nacional electoral mediante una muestra no inferior al 0,5% de las firmas obtenidas.

Presentada la iniciativa ante la Cámara de Diputados, la Comisión de Asuntos Constitucionales se pronunciará sobre su admisibilidad formal. En caso afirmativo se incluirá en el orden del día como asunto entrado y continuará el procedimiento con el previsto para la formación y sanción de las leyes.

- *Discusión:* La discusión consiste en la deliberación por parte de las Cámaras acerca de si los proyectos presentados deben ser o no aprobados. Una vez presentado el proyecto en la Cámara de origen, se realiza la discusión en ésta y si es aprobado pasa a la Cámara revisora para el mismo fin. Cada Cámara cuenta con reglamentos internos a los que debe ajustarse la discusión para ser ordenada y eficaz. La discusión puede ser en comisión o sobre tablas, pero siempre se hará primero una discusión en general, considerando al proyecto en su conjunto, y posteriormente una discusión en particular, tratando artículo por artículo sobre cada uno de los cuales se vota para modificarlo, suprimirlo o mantenerlo tal como está (art. 79 de la CN).
- *Sanción:* La sanción es el acto por el cual el órgano legislativo (bicameral) aprueba un proyecto de ley. Una vez concluida la discusión en ambas Cámaras el proyecto quedará aprobado si reúne el voto de la mayoría absoluta del total de los miembros presentes de cada Cámara» y sacar »(art. 79 de la CN). La manifestación de la voluntad para la sanción o aprobación del proyecto por parte de las Cámaras debe manifestarse expresamente, tal como lo establece el art. 82, excluyéndose la posibilidad de sanción tácita o ficta.
- *Promulgación:* es el acto por el cual el Poder Ejecutivo aprueba el proyecto sancionado por el Congreso.

Conforme al art. 78 segunda parte de la CN, una vez sancionado por el Poder Legislativo, el proyecto pasa al Poder Ejecutivo para su examen; si le da aprobación, lo promulgará como ley. La promulgación puede ser expresa, con la emisión de un decreto cuyo objeto es la promulgación de la ley, o tácita, cuando el proyecto no es devuelto en diez días hábiles, tal como lo establece el art. 80 de la CN.

La misma norma, en concordancia con el art. 83, establece la facultad de veto, exclusiva del Poder Ejecutivo. Vetar un proyecto de ley es rechazarlo en todo o en parte. El proyecto rechazado total o parcialmente por el Poder Ejecutivo vuelve con las objeciones formuladas por éste a la Cámara en la que tuvo origen para su nueva discusión; si lo confirma con mayoría de dos tercios de votos pasará nuevamente a la Cámara revisora. Cuando ambas Cámaras lo aprueban por dicha mayoría, el proyecto queda sancionado y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación. En caso que las Cámaras difieran en cuanto a las objeciones, el proyecto no podrá tratarse en las sesiones de ese año.

- *Publicación*: consiste en poner en conocimiento de la población el proyecto promulgado. Se ordena al momento de la promulgación, pero constituye un acto independiente ya que puede darse el caso de una ley promulgada que no ha sido publicada. El medio en el cual se efectiviza la publicación es el Boletín Oficial, a cargo del Poder Ejecutivo.

Esta etapa tiene una gran importancia en cuanto determina, como se verá a continuación, el comienzo de la obligatoriedad de la ley, así como en relación con la ficción de que todas las leyes son conocidas por los destinatarios, establecida en el art. 8 del ccyc: «Principio de inexcusabilidad. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico».

5.3. Comienzo de la obligatoriedad

Una ley es obligatoria cuando rige efectivamente los comportamientos en un momento determinado. Habitualmente con la obligatoriedad se alude a la vigencia.

La ley puede tener una vigencia determinada o indeterminada. Tiene vigencia determinada cuando establece el momento en que comenzará su obligatoriedad e indeterminada cuando no lo hace, dejando que el comienzo de su vigencia sea determinado conforme a otras normas generales ya existentes, como la del art. 5 del Código Civil y Comercial que transcribimos: «Vigencia. Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen.».

En síntesis, la publicidad es el último requisito que debe cumplirse para que el proyecto se convierta en ley efectivamente obligatoria. La misma ley

puede determinar el día en que comenzará a tener vigencia, si no lo hace ésta se dará a los ocho días de su publicación oficial.

5.4. Formas de invalidación: derogación y enervación

Una ley, así como puede ser de vigencia temporal determinada o indeterminada con relación al comienzo de su obligatoriedad, también puede serlo con respecto al fin de su obligatoriedad. Lo usual es que las leyes se dicten para regir hacia un futuro más o menos largo, que tengan una vocación de permanencia, contribuyendo así a la seguridad jurídica al determinar la estabilidad del derecho. Pero, desde luego, la evolución social, la aparición de nuevas situaciones y necesidades, provoca en muchos casos la conveniencia de que las leyes deban ser dejadas sin efecto.

Ello puede ocurrir de dos modos: la derogación y la enervación, que veremos a continuación.

- *Derogación*: derogar una ley significa, en términos generales, dejarla sin efecto, total o parcialmente, por parte de la misma autoridad normativa que la creó, es decir, el órgano legislativo.

Con el término «derogación» se suele referir a cuatro modalidades, según que el texto sea dejado sin efecto total o parcialmente, o sustituido o no por otro:

- Derogación propiamente dicha: cuando se deja parcialmente sin efecto una ley;
- Modificación: cuando se deja parcialmente sin efecto una ley y se reemplaza el texto derogado por otro;
- Abrogación: cuando se deja totalmente sin efecto una ley;
- Subrogación: cuando se deja totalmente sin efecto una ley y se la reemplaza por otra.

A su vez, la derogación puede ser:

- expresa: cuando la misma ley lo establece;
- tácita: cuando, sin estar expresamente establecida, la derogación resulta de la incompatibilidad de la nueva ley con la anterior. La derogación tácita se fundamenta en la inconveniencia de la existencia de dos normas de igual jerarquía incompatibles entre sí de modo que, en esta situación, se tiene por derogada la anterior conforme el principio *lex posterior derogat priori*.

- *Enervación*: se emplea este término para hacer referencia a la pérdida de eficacia de una ley cuando ésta se produce por una práctica social o por la decisión de una autoridad diferente de la que la sancionara.

Un caso de enervación es el proceso al que se suele llamar desuetudo, por el cual la ley va perdiendo paulatinamente eficacia por una práctica gene-

ralizada de la comunidad sin haber sido derogada por el órgano legislativo ni reemplazada por otra ley. Por ejemplo, la Ley de Propiedad Intelectual Nº 11.723/33, en su art. 72, considera un caso de fraude a los derechos de propiedad intelectual –pasible de la pena establecida en el art. 172 Código Penal–, el hecho de reproducir una obra publicada sin autorización de su autor o derechohabientes. A pesar de esa regulación, el fotocopiado es una práctica muy común, sobre todo en los ambientes universitarios respecto de las obras utilizadas como material de estudio. Sin embargo, la citada norma no es invocada por los particulares damnificados ni aplicada por los Fiscales de oficio.

También se da la enervación por la declaración de inconstitucionalidad de la ley por parte del Poder Judicial. En este caso, los efectos de la declaración judicial se limitan a las partes del proceso en el que se ha cuestionado la constitucionalidad de la ley.

Citamos, por último, el caso de enervación de la ley por parte de los particulares quienes, en sus convenciones contractuales, pueden dejar de lado (inobservar) las leyes supletorias en virtud del ya referido principio de libertad de contratación. Como lo señalamos en oportunidad de clasificar las normas jurídicas en supletorias o dispositivas y de orden público, las primeras son las que suplen la voluntad de las partes o, dicho de otro modo, sólo operan cuando las partes no han establecido algo distinto en sus cláusulas contractuales.

6. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES

Algunos de los criterios de clasificación que oportunamente analizamos respecto de las normas jurídicas tienen aplicación para las leyes, por lo que remitimos al Capítulo IV.

Trataremos en esta oportunidad los criterios temporal y espacial de clasificación de las leyes.

6.1. La ley con relación al tiempo

Teniendo en cuenta su ámbito temporal de obligatoriedad, como ya señalamos, la ley puede ser de vigencia determinada o indeterminada, según se haya prefijado o no su inicio o lapso de duración.

Es importante hacer referencia ahora al principio de irretroactividad de la ley que consiste en la regla según la cual desde su entrada en vigencia la regulación legal se dirige hacia el futuro.

Así lo establece el art. 7 del ccyc: «Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes».

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

En la norma transcrita se determina claramente la irretroactividad de las leyes como principio general y la retroactividad como excepción.

Las leyes son irretroactivas porque, a partir de su entrada en vigencia, rigen hacia el futuro, aunque su aplicación alcance a los efectos de relaciones ya existentes.

Son retroactivas sólo excepcionalmente cuando expresamente lo prevén y aun así sin afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Este principio constituye también, como se analizará en el Capítulo XII, una exigencia de la seguridad jurídica.

6.2. La ley con relación al espacio

Teniendo en cuenta su ámbito espacial, las leyes pueden tener aplicación en todo el territorio del Estado o un alcance restringido a un sector de éste. A las primeras se las denomina leyes nacionales como, por ejemplo, el Código Civil y Comercial, el Código Penal, etc., y a las segundas provinciales o locales, como los Códigos Procesales sancionados por el Poder Legislativo de cada provincia que rigen sólo en sus respectivos territorios.

Si bien, en principio, las leyes se dictan para regir en el territorio de un Estado, se dan ocasiones en las que las leyes de un Estado se aplican fuera del territorio de éste y aun por un juez extranjero. Es lo que ocurre en situaciones jurídicas sometidas a dos o más sistemas jurídicos nacionales, configurándose supuestos propios del Derecho Internacional. Por ejemplo, el caso de una persona que redacta su testamento estando de viaje en España, en el que dispone de las propiedades inmuebles que tiene en Brasil y muere en Uruguay, sin perjuicio de que su último domicilio estaba fijado en Argentina. Se plantea el problema de saber, por un lado, en qué país se inicia el juicio sucesorio o, dicho de otro modo, cuál es el juez competente para el trámite sucesorio; por otro, la ley de qué país (o países) se aplica: ¿la del lugar donde redactó el testamento?, ¿la del lugar donde se encuentran los bienes?, ¿la del lugar en donde murió? o ¿la del lugar donde tenía su último domicilio? Puede resolverse, por ejemplo, en el sentido de declarar competente al juez del lugar en donde falleció (Uruguay) y considerar aplicable la ley del lugar del último domicilio (Argentina).

La ley que regula lo relativo a las sucesiones es el Código Civil y Comercial de la Nación que, en situaciones como ésta, puede ser aplicada fuera del territorio del Estado argentino. Se trata de casos con «puntos de conexión» entre los ordenamientos jurídicos de dos o más Estados. Para resolverlos, los sistemas jurídicos nacionales incluyen normas de Derecho Internacional Privado que establecen determinaciones de la ley aplicable, como el art. 2643 del ccyc que indica que la sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento, aplicándose el derecho argentino a los bienes inmuebles situados en el país. Asimismo, las formas y solemnidades de los actos se rigen por la ley del lugar donde éstos se hayan celebrado, realizado u otorgado (art. 2649 del ccyc).

En materia penal, todos los delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación argentina o en los lugares sometidos a su jurisdicción, así como los cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo, se rigen por la ley penal argentina, el Código Penal de la Nación (art. 1ro. CP).

7. TÉCNICA JURÍDICA. ELABORACIÓN DE ENUNCIADOS LEGALES

La técnica de elaboración de enunciados normativos legales es una parte de la denominada Técnica Jurídica. Esta última, como toda técnica, consiste en la utilización de medios y procedimientos para el logro de objetivos propuestos, clasificándose sobre la base de éstos en técnica de elaboración normativa, legislativa, de formación de los actos jurídicos y de aplicación.

Nos ocupa ahora la primera especie, destinada a traducir los objetivos y fines jurídicos en fórmulas y enunciados que permitan llevarlos a la práctica de la manera más fiel posible, tarea ésta de competencia del legislador, en cuanto a él le incumbe la elaboración normativa.

Nos referiremos a los medios gramaticales y lógicos necesarios para «hacer» normas, para proyectar contenidos en enunciados legales, prescindiendo de aquellos requisitos formales que deben observarse para la formación de la ley, que analizáramos anteriormente, cuyos procedimientos integran la denominada técnica legislativa. Por último, haremos referencia a la agrupación de normas, tarea que lleva a cabo el legislador para reunir las sistemáticamente.

Entre los medios gramaticales podemos mencionar al lenguaje, la terminología y el estilo jurídico. Ya tendremos oportunidad de considerarlos más extensamente en el Capítulo X, pero por ahora anticiparemos sus nociones.

El lenguaje escrito es la manera de expresión de las normas legales, utilizándose para su exteriorización el lenguaje natural, aunque también es necesario construir un lenguaje técnico, denominado terminología jurídica,

que permite precisar el contenido normativo conforme al uso convencional de ciertos vocablos con el objeto de hacer más accesible su comprensión y la determinación de su sentido jurídico, facilitando su interpretación y aplicación.

Suele señalarse también la necesidad de expresarse con estilo jurídico, de una manera sencilla, clara y concisa, que persuada (estilo persuasivo) para provocar un sentimiento de adhesión en los destinatarios, al mismo tiempo que los convenza (estilo de convicción) poniendo en evidencia la razón de la regulación mediante la expresión de la llamada «ratio legis», que puede entenderse como la razón, objeto o finalidad de la ley. Entre los medios denominados lógicos podemos mencionar los conceptos o definiciones, las presunciones y las ficciones, empleados como recursos destinados a formular normas como marcos abstractos y generales, más o menos rígidos y uniformes, que comprendan números indeterminados de casos particulares.

Los conceptos o definiciones son representaciones de la realidad objetiva para delimitar los casos que han de ser regidos por las normas que a ellos refieren, precisando su ámbito de aplicación.

Los conceptos se expresan en normas, como ya hemos mencionado números ejemplos, y pueden también surgir de la enumeración de casos enunciados en las mismas, como ocurre en el art. 1887 del ccyc, que establece los derechos reales. Se discute la conveniencia de incorporar conceptos en leyes y códigos o más bien dejar que éstos sean elaborados por la doctrina y la jurisprudencia, a partir de una tarea interpretativa, destinada a esclarecer el alcance de la expresión utilizada en la norma, como de hecho ocurre.

Las presunciones consisten en un razonamiento por el cual se admite como verdadero lo que no es más que probable.

Son recursos en cierta medida artificiosos pero con fundamento en la realidad, porque descansan en el hecho de que aquello que se presume es lo que normalmente ocurre, aunque en ciertos casos no suceda así.

Las presunciones pueden ser «iuris tantum» o «iuris et de iure». Las primeras admiten prueba en contrario de supuesto tenido por cierto en ella, por ejemplo, la establecida en el art. 20 del ccyc, según la cual «se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento». Dicha presunción puede ser destruida en un caso concreto por la prueba de otra filiación del hijo nacido durante ese período, a cargo de quien alega el hecho que contradice la presunción.

Las segundas son aquellas que no admiten prueba en contrario, por más que la circunstancia presumida no haya acontecido en la realidad; por ejemplo, el art. 74 del ccyc, según el cual «el domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Sólo la ley puede establecerlo, y sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales...».

Las ficciones son aquellos medios por los cuales se da por verdadero lo que es evidentemente falso, de allí la denominación de «mentiras técnicas» que les diera Rafael Bielsa. Suelen confundirse las ficciones con las presunciones que no admiten prueba en contrario y hasta se habla de una y otra indistintamente como si se tratara de la misma cosa. A diferencia de las presunciones –que dan por cierto lo que ocurre comúnmente, con cierta probabilidad–, las ficciones se apartan absolutamente de la realidad al reputar como verdadero lo falso. Lo que tienen en común es que el objeto de ambas es resolver en forma ficticia ciertos casos que sin este recurso técnico quedarían sin solución. Veámoslo con un ejemplo:

Una de las más importantes ficciones que encontramos en nuestro ordenamiento jurídico es la que establece que las leyes se reputan conocidas por todos, consagrada en la ley civil en estos términos:

Art. 8 del ccyc: «Principio de inexcusabilidad. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico».

El hecho de que se pueda conocer la totalidad de las normas que integran un ordenamiento jurídico es imposible, pero si pudiéramos excusarnos de ejecutar nuestros deberes jurídicos, de reparar los daños causados, de cumplir con una pena por haber cometido un delito, etc., invocando ignorancia de la ley, se generaría falta de certeza, con la consiguiente inseguridad jurídica. La necesidad de la ficción aparece, entonces, como un postulado del valor seguridad, como veremos en el Capítulo XII.

Por último, es interesante referirnos a la agrupación de normas, como procedimientos técnicos para reunir las sistemáticamente, tarea que suele encontrarse a cargo del legislador –aunque habitualmente lo haga el doctrinario– y que se efectúa mediante distintos conjuntos normativos denominados categorías, instituciones jurídicas y ramas del derecho.

Las categorías son aquellos conjuntos de normas agrupadas en función de regular una determinada situación jurídica. Algunas, por su importancia, deben ser reguladas minuciosamente, contemplando en forma más o menos detallada la diversidad de variantes que puede presentarse. Por ejemplo, la responsabilidad parental, las obligaciones, cada uno de los contratos típicos, los derechos reales, etc.

Las instituciones jurídicas son aquellos grupos de normas, más amplios que las categorías, que regulan varias situaciones jurídicas que tienen la misma finalidad o principio rector, es decir, comprenden varias categorías. Por ejemplo, la familia, que comprende el parentesco, la filiación, la responsabilidad parental, etc., todas categorías que comparten el principio común

de la salvaguarda de la unidad y protección familiar. Otras instituciones de nuestro derecho son la quiebra, la sucesión, la propiedad, etc.

En cuanto a las ramas del derecho, como agrupamientos normativos por materia, remitimos al capítulo anterior donde ya fueran tratadas.

8. CODIFICACIÓN. EVOLUCIÓN DEL PENSAMIENTO CODIFICADOR

La codificación es un movimiento que se inició a comienzos del siglo XIX en los países europeos a partir de la filosofía racionalista que en su aplicación al derecho consideró a la ley como la principal creación normativa.

El punto de partida del movimiento codificador, si bien existen otros antecedentes, se puede ubicar en la sanción del Código Civil francés en 1804 –el que se difundió rápidamente–, lo que originó que lo siguieran Italia (1866), Alemania (1900) y demás países europeos y latinoamericanos a excepción de los anglosajones en los que rige el sistema del *common law*. En nuestro país, el Código Civil, redactado por el ilustre Dalmacio Velez Sarsfield, fue sancionado el 25 de setiembre de 1869 y entró en vigencia a partir del día 1º de enero de 1871.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado el 1ro. de octubre de 2014, mediante la ley 26.994, actualmente vigente desde el 1ro. de agosto de 2015, reemplazó al mencionado Código Civil de 1869 y al Código de Comercio de 1863, redactado por el nombrado jurista y Eduardo Acevedo, unificando ambas materia legales.

La codificación, tal como se la concibe en la actualidad, consiste en la formación de cuerpos sistemáticos y orgánicos de normas jurídicas que regulan una materia determinada del derecho. Tiene una ventaja decisiva para la tarea de interpretación y aplicación de las normas jurídicas. El juez, en cuanto aplicador del derecho, así como el abogado, no están frente a un cúmulo de leyes aisladas y contradictorias, sino que el hecho de contar con un cuerpo que reúne orgánicamente las normas de un contenido específico facilita la rapidez y la eficacia de tal labor.

Quienes se han opuesto al movimiento codificador lo han hecho argumentando que la codificación provoca la cristalización del derecho, objeción que es casi insostenible en razón de que la reunión en un cuerpo orgánico de las normas que regulan determinada materia no impide que se introduzcan en él las modificaciones que se consideren oportunas.

En nuestro sistema jurídico se han codificado las ramas del derecho civil y comercial, penal, procesal, de minería, aeronáutico, aduanero, electoral, alimentario y rural.

Otra forma de agrupamiento de normas es la recopilación a través del sistema de incorporación que se caracteriza por reunir en libros las leyes

existentes. A medida que progresivamente se van dictando nuevas leyes se las va incorporando, sea cronológicamente, por materia o según otros criterios, pero no sistematizada y coherentemente. A los distintos libros que se forman, los autores los han llamado compilaciones, ordenamientos o códigos abiertos.

9. EL DECRETO. ÓRGANO Y FORMA DE PRODUCCIÓN

El decreto o reglamento es la resolución emanada del Poder Ejecutivo, de carácter general o particular, expedida en ejercicio de su función administrativa.

El Poder Ejecutivo tiene, entre las atribuciones conferidas por la Constitución Nacional y en ejercicio de su función de administración pública, la potestad de dictar normas jurídicas reglamentarias a las que se las llama, indistintamente, reglamentos o decretos.

La autoridad normativa le es conferida al órgano ejecutivo por la Constitución Nacional, así como ésta también es la que establece el procedimiento o forma de producción normativa, en estos términos: art. 99 de la Constitución Nacional: «El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

- 1) Es jefe supremo...
- 2) Expide instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.
- 3) Participa en la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la

mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso».

Los reglamentos, como resultado de la producción normativa del órgano ejecutivo, pueden ser de diferente tipo:

- *Reglamentos de ejecución o subordinados.* Son los decretos reglamentarios de las leyes sancionadas por el Congreso a los que se refiere el inciso 2 de la norma constitucional transcrita.
Se los llama también subordinados por cuanto su existencia se justifica en función de que exista una ley a reglamentar y se destinan a facilitar la ejecución de dicha ley, complementándola en los detalles pero sin poder modificar su contenido sustancial. Es decir, el decreto reglamentario necesita de la ley que reglamenta para tener razón de ser, mientras que la ley del Congreso no precisa del decreto para tener vigencia.
- *Reglamentos delegados.* Son aquellos decretos que, sin perjuicio de estar en principio prohibidos, son dictados a partir de una delegación de funciones que, excepcionalmente, el Congreso hace al Poder Ejecutivo.
Los prevé el art. 76 de la Constitución Nacional en estos términos: «Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca...».
La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.
- *Reglamentos autónomos.* Son aquellos que el Poder Ejecutivo destina a regular el ejercicio de sus propias funciones o actividades de administración.
- *Decretos de necesidad y urgencia.* Estos decretos fueron incorporados por la reforma constitucional de 1994. Conforme surge del inciso 3 de la norma transcrita, el decreto de este tipo tiene el carácter de medida excepcional ya que por medio de él el Poder Ejecutivo ejerce funciones legislativas en cuanto produce, modifica o deroga normas legales, lo que, por regla, le está expresamente vedado.
Las materias sobre las que estos decretos regulan pueden ser diversas, con excepción de las materias penal, tributaria, electoral o régimen de partidos políticos enunciadas en la norma. De hecho, la experiencia para nada lejana nos brinda ejemplos de decretos de necesidad y urgencia para proyectos de flexibilización laboral, de regulación tributaria (a pesar de la expresa prohibición de la norma constitucional en virtud de que sólo

el Congreso puede crear impuestos), reformas en temas salariales, etc., hasta la regulación de derechos exclusivos de transmisión televisiva de partidos de fútbol.

Si bien la Constitución autoriza excepcionalmente el uso de esta potestad, no es conveniente que el titular del Poder Ejecutivo haga abuso de la atribución, puesto que ello implicaría ir contra la fundamental división e independencia de los poderes del Estado impuesta por el sistema republicano de gobierno.

10. LEYES PROVINCIALES. DISPOSICIONES MUNICIPALES

Conforme la organización federal de nuestro país, establecida en el art. 1º de la Constitución Nacional, coexisten en él un gobierno federal con los gobiernos de provincias las que, conforme el art. 121 CN, conservan todo el poder no delegado al gobierno federal así como el que se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

Las funciones que las provincias han delegado al gobierno central están enunciadas, principalmente, en los arts. 75, 99, 116 y 117 de la Constitución Nacional. Entre los poderes que conservan y que nos interesa aquí hacer referencia están los consagrados en el: art. 5 de la Constitución Nacional: «Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones, el Gobierno federal garantiza a cada provincia el goce y ejercicio de sus atribuciones».

Art. 122 de la Constitución Nacional: «Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal».

Art. 123 de la Constitución Nacional: «Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto en el art. 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero». De los textos transcritos surge que es competencia de las provincias, a través de sus respectivas Constituciones, establecer su propia legislación regulando las competencias de sus autoridades (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial provincial) y las formas de producción normativas, similares a las del orden nacional.

También deben establecer su régimen municipal. En la provincia de Santa Fe, por ejemplo, este último está previsto en la Sección Sexta de la Constitución de la Provincia (arts. 106 y 107), y establece la potestad normativa que tienen tanto su órgano legislativo (Concejo Deliberante) como su órgano ejecutivo (Intendente), en ejercicio de la cual crean normas jurídicas llamadas ordenanzas municipales, el primero, y disposiciones reglamentarias o decretos municipales, el segundo.

8 Órganos y formas de producción normativa (continuación)

1. CREACIÓN NORMATIVA JUDICIAL

Continuando con los órganos y modos de producción de normas jurídicas enunciados en el inicio del capítulo anterior, que denominamos oficiales, analizaremos la creación normativa judicial.

Para ello haremos una breve referencia a la composición del Poder Judicial en tanto órgano u autoridad normativa a la que referimos en este caso, así como a las etapas que se cumplen y las partes que intervienen en el proceso judicial como procedimiento necesario para llegar al resultado de la creación normativa.

Con respecto al primer tema planteado y a partir de la composición institucional de nuestro país, el Poder Judicial (uno de los tres poderes del Estado, independientes entre sí) está compuesto, conforme está establecido en la Constitución Nacional, por una Corte Suprema de Justicia, y los demás tribunales inferiores que el Congreso establezca. El Poder Judicial se compone, entonces, por una Corte Suprema de Justicia (que constituye el superior tribunal nacional), por Cámaras de Apelaciones (segunda instancia), por jueces de primera instancia y otros tribunales como los orales en materia penal.

Cada provincia, conforme al art. 5 de la Constitución Nacional, a partir de su Constitución organiza el Poder Judicial Provincial. En la provincia de Santa Fe y según lo dispone el art. 83 de la Constitución Provincial, es ejercido por una Corte Suprema de Justicia, Cámaras de Apelación, que pueden estar divididas en Salas (compuestas por no menos de tres magistrados), jueces de primera instancia y demás tribunales y jueces que se establezcan por ley.

Con relación al proceso judicial señalemos que es el procedimiento constituido por un conjunto de actos jurídicos que tienden a lograr el dictado de una sentencia en la cual se resuelve una situación de hecho, conflictiva o no, estableciendo el derecho aplicable al caso concreto. La forma en que esos actos se deben cumplir está establecida en los respectivos Códigos de Procedimientos de cada provincia que regulan cada materia jurídica.

El proceso judicial puede ser contencioso o de jurisdicción voluntaria. A ello nos referimos cuando, en el concepto precedente, señalamos que la sentencia resuelve una situación conflictiva o no, por cuanto la intervención judicial puede ser requerida, sin que existan hechos controvertidos, por ejemplo, para solicitar la homologación judicial de un testamento o para el

trámite de un juicio sucesorio en el que puede no haber conflicto alguno entre los herederos.

En los procesos contenciosos, los que revisten interés en este tema, intervienen dos partes, a saber: el actor, que es quien inicia el procedimiento con la presentación de la demanda, y el demandado, a quien el actor reclama que se le imponga el cumplimiento de un deber jurídico, el resarcimiento de un daño, la aplicación de una pena, etc., según el caso. Finalmente, el juez es quien «escucha» a las partes y evalúa las pruebas que éstas aportan para decidir a cuál de ellas asiste razón en virtud de una norma jurídica que regule el caso.

Este tipo de proceso judicial se compone de diferentes etapas, cada una de las cuales tiene establecido un lapso durante el cual se puede realizar la actividad correspondiente. Una vez cumplido éste, se pierde definitivamente el derecho de hacerlo. Las etapas son: demanda, contestación de demanda, período de prueba, alegatos, sentencia e interposición de recursos.

- *Demanda*, interpuesta por el actor en la que expone a quién, qué y por qué reclama.
- *Contestación de la demanda*, a cargo del demandado, quien puede reconocer o negar los hechos expuestos en la demanda y oponer las excepciones legales de las que se valga para resistir la procedencia del reclamo.
- *Período de prueba*, en el que las partes aportan al juicio los elementos que avalan sus pretensiones.
- *Alegatos*, en los que las partes meritúan las pruebas aportadas a fin de demostrar la veracidad de sus afirmaciones.
- *Sentencia*, es el acto decisorio por el que el juez pone fin al litigio adjudicando las prestaciones que se deben las partes o las sanciones que corresponde aplicar.
- *Interposición de recursos*, la parte disconforme con la sentencia dictada tiene la posibilidad de impugnarla para que la revise un tribunal de jerarquía superior (Cámara de Apelación).

El proceso penal presenta características especiales, como su inicio por denuncia, querrela, prevención policial o requerimiento fiscal. Este último funcionario es el encargado de sostener la pretensión punitiva del Estado y actúa, por regla general, frente a un contradictor, el abogado defensor de la persona sometida a proceso. Se dan aquí también las etapas de prueba, alegato y sentencia, así como la posibilidad de impugnación ante un órgano superior.

2. LA SENTENCIA

La sentencia es el acto jurídico procesal de carácter resolutorio a cargo del juez u órgano jurisdiccional competente que pone fin al proceso y que contiene un fallo en el que se adjudican los derechos y obligaciones de las partes intervinientes en el mismo. La norma jurídica individual creada en la sentencia es el resultado de la actividad productora del juez después de haber cumplido con la forma o procedimiento legalmente establecido, como señalamos, en los respectivos Códigos de Procedimientos o Códigos Procesales.

En ellos se disponen los requisitos que, bajo pena de nulidad, la sentencia debe contener:

Lugar y fecha.

- Vistos: en los que el juez individualiza la causa debiendo expresar, por ejemplo, el número, folio y año del expediente, el tipo de juicio, los nombres y apellidos de las partes, el Juzgado, etc.
- Resulta: en el que el juez hace una síntesis del proceso con una exposición sumaria de los puntos de hecho y de derecho.
- Considerando: el juez explica las razones que lo conducen a tomar la resolución, exponiendo los motivos de hecho y de derecho con referencia a la demanda interpuesta y los derechos controvertidos.
- Parte resolutoria o dispositiva o fallo: en la que se expresa concretamente la decisión en el sentido de admisión o rechazo, en todo o en parte, de la demanda y contestación.
- Firma del juez o miembros del tribunal.

El órgano jurisdiccional, por lo tanto, es una autoridad creadora de normas jurídicas, resultantes de la sentencia judicial que tiene carácter normativo en tanto que por medio de ella, como señalamos, se crea una norma jurídica individual, con un ámbito personal de validez restringido a las partes intervinientes en el proceso al que pone fin.

3. LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia es el producto normativo de la actividad de los órganos jurisdiccionales a partir de la reiteración de criterios uniformes seguidos en la resolución de casos similares o de los criterios establecidos en los pronunciamientos de tribunales de mayor jerarquía y prestigio.

En la doctrina actual hay consenso en considerar a la jurisprudencia como fuente del derecho. De allí que causa justificada sorpresa que el nuevo Código Civil y Comercial no la haya mencionado en el art. 1ro. que, como hemos visto, refiere a las fuentes y su aplicación. En realidad está ausente en el texto de

la versión sancionada, pero cabe destacar que estaba prevista en el texto elaborado por la comisión redactora que agregaba, después de la primera oración «A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso».

Consideramos que la omisión constituye una grave intromisión que esperamos no produzca consecuencias indeseables teniendo en cuenta que en nuestro país efectivamente hay un reconocimiento generalizado del carácter de la jurisprudencia como fuente del derecho.

No obstante ello, recordemos que el llamado derecho judicial ha sido objeto de polémicas en la doctrina de los sistemas, como el nuestro, de tradición romanista-continental.

La afirmación con respecto a que el órgano jurisdiccional es autoridad normativa, porque crea una norma jurídica individual en la sentencia resolutoria de un conflicto entre partes, no provoca demasiados cuestionamientos. Las argumentaciones suelen ser más complejas cuando se hace referencia a la jurisprudencia, en razón de que en este último caso las decisiones del órgano judicial producen efectos no sólo acotados a las partes del litigio, sino que alcanzan a casos similares que se presenten en el futuro.

No vamos a reseñar las diversas posiciones doctrinales que se han formulado a esta problemática, sólo señalamos su carácter polémico. Nuestro propósito es analizar el papel de la jurisprudencia como resultado de la actividad del órgano judicial, particularmente en nuestro sistema jurídico.

El juez, en tanto órgano aplicador del derecho y para realizar su actividad, debe previamente interpretar las normas jurídicas, problemática que expondremos en el Capítulo X. Cuando el criterio de interpretación y, por lo tanto, la aplicación de una norma jurídica a los casos similares se efectúa del mismo modo, en forma repetida y por distintos jueces, se dice que se ha sentado o formado jurisprudencia al respecto, por lo que dichos criterios interpretativos deberán ser seguidos para la resolución de casos similares que se presenten en el futuro.

También se llega al mismo resultado cuando, sin reiteración de posturas uniformes, el criterio está establecido en un pronunciamiento emanado del tribunal de mayor jerarquía como, entre nosotros, la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Cualquiera sea su modo de producción, la jurisprudencia consiste en que el criterio que ha quedado establecido será fundamento o criterio de objetividad para otro juez que fallará sobre un caso de la misma categoría. El criterio sentado constituye una suerte de guía o, si se quiere, solución anticipada para los casos de ese tipo que en un futuro deban ser resueltos. De modo que al «sentarse jurisprudencia» se crea, por el órgano judicial, una norma nueva, de carácter general y abstracta que no es de aplicación a un sólo caso concreto, aunque se aplica a éste, sino a una categoría de casos en la que quedará comprendida una cantidad indeterminada de ellos, los que compartan sus características relevantes.

Es éste el punto al que mayor resistencia ha opuesto cierta doctrina que considera que acordar al Poder Judicial la potestad de «crear» normas jurídicas abstractas y generales, aplicables a un número indeterminado de casos, resulta lesivo al principio republicano de división de poderes. Al margen de consideraciones doctrinarias, se trata de un hecho o práctica evidente en nuestra realidad jurídica que debe ser asumido por la ciencia jurídica.

Se plantea también el problema que, a consecuencia de divergentes interpretaciones de una norma jurídica, se den soluciones diferentes a conflictos similares generándose disímiles corrientes jurisprudenciales, situación que vulnera en cierta medida la seguridad jurídica y justifica la articulación de mecanismos tendientes a la unificación de criterios judiciales, como analizaremos enseguida.

3.1. Técnicas para la unificación de jurisprudencia contradictoria

Como hemos señalado, es propio de la función jurisdiccional la tarea de interpretar las normas previamente a su aplicación. El resultado de la interpretación de una norma jurídica en particular y, por lo tanto, las decisiones que en consecuencia se toman por los magistrados en casos similares, pueden no ser coincidentes en virtud de que, como se verá en el Capítulo X, la función de juzgar no se reduce a esquemas de razonamientos lógicos cerrados que conduzcan necesariamente a una misma solución para casos similares, sino que existe un cierto ámbito de discrecionalidad. Como lo refiere Miguel Reale:

Al contrario de lo que pueda parecer a primera vista, las divergencias que surgen entre sentencias relativas a las mismas cuestiones de hecho y de derecho, no sólo no revelan fragilidad en la jurisprudencia, sino que demuestran que el acto de juzgar no se reduce a una actitud pasiva ante los textos legales, sino que implica un notable margen de poder creador. Las divergencias más graves que puedan darse en el ejercicio de la jurisdicción encuentran en ésta procedimientos capaces de atenuarlas cuando no de eliminarlas, sin que por ello quede comprometida la fuerza creadora que hay que reconocer, en los magistrados, en su tarea de interpretar las normas, coordinarlas y llenar las lagunas del ordenamiento jurídico. Hay que evitar los extremismos, pues si dañoso es el juez que anda buscando innovaciones, seducido por las «últimas verdades», también lo es el que se convierte en autómatas al servicio de un fichero de decisiones de los tribunales superiores (Miguel Reale: op. cit., pág. 129).

Cuando se da una divergencia en la interpretación de un texto legal llegando a soluciones desiguales para casos similares, en el ordenamiento jurídico, concretamente en la ley, existen remedios para superarlas que se denominan «técnicas de unificación». Es que esta diversidad de criterios provoca una situación que conspira contra el orden y la seguridad jurídica

en cuanto un mismo derecho en una situación similar será reconocido o negado en función del tribunal en que es invocado.

Las técnicas para la unificación de la jurisprudencia operan ante la existencia de fallos contradictorios. Existen fallos contradictorios cuando jueces de la misma jerarquía resuelven en sentido diferente casos similares aplicando las mismas normas jurídicas.

Los medios de unificación jurisprudencial son: el recurso de casación, el recurso extraordinario federal y los fallos plenarios.

3.1.1. Recurso de casación

Conforme la noción que expone Calamandrei, es un instituto legal por el cual un órgano específico del Estado, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad en la interpretación del derecho objetivo, examina, en lo que respecta a las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores a partir de la impugnación de los interesados.

Es éste un procedimiento de unificación que tiene raigambre en el sistema francés en el que un tribunal, comúnmente denominado Corte de Casación, tiene por función anular las sentencias de tribunales inferiores que no se ajustan a la doctrina que dicha corte considera aplicable al caso concreto. De modo que el tribunal examina sólo cuestiones de derecho en función de decidir si se ha hecho una correcta aplicación de éste.

Es un recurso que puede interponer la parte que considere que, al fallar el juez el litigio, no ha aplicado correctamente la ley. Interpuesto el recurso de casación por la parte que se considera agraviada, la causa se eleva al Tribunal de Casación que se pronunciará por anular la sentencia recurrida si entiende que no se ha aplicado correctamente la ley, en cuyo caso, remite los autos a un tribunal de igual jerarquía que aquel que emitió la sentencia anulada para que decida conforme a derecho o, en otras palabras, que haga una correcta aplicación de la ley, quedando el tribunal inferior obligado a fallar según la doctrina de la casación.

Constituye un medio de unificación de la jurisprudencia por cuanto el tribunal de casación fija criterios generales interpretativos de la ley; su función consiste en hacer un control de la aplicación efectuada por los jueces inferiores para determinar si sus decisiones son conforme a los criterios que dicho tribunal fija.

En la actualidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que cabe también el recurso de casación en el tratamiento o revisión de cuestiones de hecho, a los fines de garantizar el principio de la doble instancia (fallo «CASAL, Matías Eugenio y otros s/ robo simple en grado de tentativa», (Expte. 1681), del 20/09/05, C.S.J.N.).

En nuestro país, el recurso de casación está previsto en materia penal –en el orden nacional– en el Código Procesal Penal de la Nación. También algunas provincias lo regulan, variando en cada una de ellas por tratarse de materia procesal.

3.1.2. Recurso extraordinario

El recurso extraordinario es aquel medio de impugnación procesal que se sustancia ante el tribunal federal de máxima jerarquía, es decir, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por el cual se hace efectiva la supremacía de la Constitución Nacional en caso de haber sido vulnerada.

Se trata de un recurso que se tramita ante la Corte Suprema de Justicia por la parte que considera que una sentencia definitiva le ha ocasionado un perjuicio actual y concreto; ya sea planteando la inconstitucionalidad en sentido estricto, por haberse aplicado una ley que contradice la Constitución Nacional, o porque la resolución apelada desconoce una garantía constitucional; ya sea por la existencia de arbitrariedad en el fallo recurrido por sustentarse en una ley sin vigencia, por desconocer una prueba relevante o invocar la inexistente o por ser la sentencia autocontradictoria, etc.; ya sea planteando gravedad institucional ocasionada por la repercusión pública del hecho o la magnitud económica o política de la cuestión, pero, como se referirá en la siguiente cita doctrinaria, este recurso no procede sólo contra actos del Poder Judicial o Legislativo sino que tiene un alcance más amplio.

La Ley 48 regula el recurso extraordinario en su art. 14: «Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de la Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los Tribunales Superiores de Provincia en los siguientes casos:

- 1) Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una Ley del Congreso, o de una autoridad establecida en nombre de la Nación, y la decisión haya sido contra su validez;
- 2) Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o Leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de Provincia;
- 3) Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución o de un Tratado o Ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio».

En síntesis, como lo refiere Miguel Ángel Ekmekdjian:

El recurso extraordinario federal es el procedimiento por el cual el tribunal puede declarar la inconstitucionalidad formal o material de actos del Poder Legislativo (v. gr. leyes), del Poder Ejecutivo (v. gr. decretos), del Poder Judicial (sentencias de instancias inferiores), de la administración pública (v. gr. resoluciones ministeriales o de entes autárquicos) o, incluso, de actos de personas particulares...por medio de él, la Corte Suprema de Justicia de la Nación controla la validez constitucional de los actos de los otros poderes y puede, si considera que alguno de ellos vulnera la Constitución Nacional, declarar su inaplicabilidad al caso concreto». (Miguel Ángel Ekmekdjian: Tratado de Derecho Constitucional, tomo V, Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 513).

Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se configura, en nuestro sistema, como la última instancia de control de constitucionalidad. Sus decisiones «sientan jurisprudencia» dado que si bien no son obligatorias para los jueces inferiores, razonablemente éstos adoptan los criterios establecidos por el máximo tribunal en sus futuros pronunciamientos, por compartirlos o, al menos, por razones de economía procesal, dejando a salvo, en su caso, los criterios interpretativos distintos con los que consideran debería resolverse el caso.

3.1.3. Fallos plenarios

Los fallos plenarios son acuerdos alcanzados por las Cámaras de Apelación de un mismo fuero por los que se fija una doctrina judicial respecto de una determinada interpretación que es legalmente obligatoria, no sólo para dichas Cámaras sino también para los jueces de primera instancia.

Los acuerdos, sin apartarse del marco legal, adquieren un valor análogo al de la ley en función de que, como ésta, deben ser observados en la aplicación del derecho a los futuros casos concretos.

Esta técnica de unificación de la jurisprudencia, que tiene por fin evitar fallos contradictorios, es regulada por los Códigos de Procedimientos o leyes orgánicas del Poder Judicial de la Nación y de cada Provincia, por lo que su funcionamiento tiene variantes locales.

Generalmente, a pedido de parte o por simple mayoría de jueces, se convoca a todos los jueces de Cámara de Apelación con competencia sobre la materia en cuestión y, por mayoría de votos totalmente concordantes de todos sus integrantes, se fija un criterio de interpretación que obliga, porque así lo establece la ley, a todos los jueces con dicha competencia a hacer una aplicación conforme el criterio interpretativo fijado, por un lapso determinado.

El tema de los fallos plenarios ha suscitado no pocos cuestionamientos tanto en el ámbito doctrinario como en el judicial. Se ha planteado la cuestión de la inconstitucionalidad del precepto legal que establece que los acuerdos alcanzados en los fallos plenarios son obligatorios, sosteniéndose que ello vulnera la autonomía de cada uno de los magistrados integrantes del Poder Judicial al estar sujetos, en el momento de su acto de decisión, a la solución impuesta por el fallo pleno. Pero, el resultado de la reunión del tribunal pleno no es una sentencia o una solución de un caso concreto, como parece entenderse en dichos cuestionamientos, sino la fijación de un criterio de interpretación que se dará para el futuro en una cuestión de derecho para evitar así fallos contradictorios. Pensamos que la norma legal que establece los fallos plenarios no lesiona la independencia de los miembros del Poder Judicial, tampoco la Constitución; así la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado declarando la constitucionalidad de la obligatoriedad de las decisiones plenarios.

3.2. Importancia de los precedentes en el derecho anglosajón

Los precedentes judiciales son aquellos fallos anteriores en el tiempo, resolutorios de casos similares por jueces de la misma o mayor jerarquía, con igual jurisdicción o competencia.

El *common law*, sistema imperante en los países anglosajones, se caracteriza porque los precedentes son de consideración obligatoria para los jueces.

En sistemas como el nuestro, los jueces resuelven los casos concretos aplicando normas legales, generales. El juez debe invocar una norma legal para, a partir de su interpretación, resolver el caso planteado. En el sistema de los países anglosajones, por el contrario, los casos concretos se resuelven acudiendo a los precedentes judiciales, es decir, según la forma en que han sido resueltos en el pasado los casos similares por otros jueces.

Como se advierte, en el sistema del *common law*, la importancia de los precedentes en la solución de los casos concretos es fundamental porque los jueces deben resolver las controversias con el criterio trazado por los que entendieron en casos similares con anterioridad.

Sin embargo, no debe entenderse que los magistrados anglosajones no resuelven conforme a normas generales. Si bien las normas generales no están sistematizadas en cuerpos legales, como en nuestro caso, son explícitas en los criterios concordantes con que se resuelven los conflictos, y están en el ordenamiento jurídico pero expresadas de un modo diferente.

El seguimiento del precedente judicial en el derecho anglosajón no quita al juez su potestad creadora de normas jurídicas; en tanto, como se señaló en el párrafo precedente, su sentencia junto con las demás genera las normas generales que rigen los comportamientos a los que van dirigidas.

Citamos como conclusión el inteligente pensamiento de Julio Cueto Rúa luego de describir la técnica del *common law*:

Esta brevísima descripción, con la que hemos pretendido suministrar una idea de la compleja y difícil técnica del Common Law, señala con claridad el papel creador de los jueces, no sólo porque dictan sentencias, con las que se fija un criterio y se abre un camino susceptible de ser transitado por los demás, sino porque interpretan las sentencias del pasado, extrayendo de ellas las normas generales que permitirán decidir los casos presentes.

No se crea, sin embargo, que los jueces del Common Law crean derecho de una manera arbitraria... deben resolver sus casos mediante la aplicación de normas generales. Y si bien esas normas generales no se les dan elaboradas y explicitadas, como sucede en el Derecho legislado, deben atenerse, en cambio, a los precedentes judiciales, es decir, a la forma concreta en que sus colegas de la jurisdicción han resuelto problemas similares... Los casos resueltos del pasado traducen un determinado sentido... Esa experiencia del pasado es sensible, presiona sobre los integrantes del grupo social, y el juez, como órgano de la comunidad, no escapa a esa gravitación. Se siente compelido a seguir el camino abierto por sus predecesores. Así, pues, no obstante la libertad aparente de que goza para generalizar y categorizar los hechos de las sentencias precedentes, y explicar así una norma que le satisfaga, se encuentra tan constreñido como el juez civilista por las normas del Derecho legislado (Julio Cueto Rúa, Fuentes del Derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, pág. 157).

4. EL DERECHO CONSUECUDINARIO

4.1. Caracteres

El derecho consuetudinario o costumbre jurídica es el conjunto de normas generadas por la repetición, constante y sostenida, de conductas por parte de un grupo social con la convicción de su obligatoriedad y posibilidad de ser coactivamente exigidas en caso de transgresión.

Es la más antigua de las formas de producción de normas jurídicas, la primera que históricamente apareció y paulatinamente ha ido perdiendo fuerza para dar paso a la ley que tomó el lugar principal de creación jurídica en los sistemas, como el nuestro, de tradición romanista.

No obstante ello, se mantiene su importancia en la actualidad. Así, ciertos usos o comportamientos de los individuos en el grupo social, cuando son realizados de una determinada forma y con un sentido jurídico, se configuran como verdaderos actos de creación normativa, genéricamente llamados costumbre jurídica.

A partir de los dos grandes ejes de análisis que planteamos en el inicio del Capítulo VII con relación a los distintos productos normativos, es decir, el problema del órgano o autoridad normativa y el de las formas o procedimientos de creación, analizaremos estas dos cuestiones respecto del derecho consuetudinario.

En dicha oportunidad ubicamos a la costumbre jurídica entre los productos normativos de órganos particulares porque el autor de la norma jurídica consuetudinaria no es un órgano del Estado, sino los mismos particulares considerados como pertenecientes a un grupo social más o menos amplio.

La potestad de producción normativa les es conferida a los particulares por la ley (por ejemplo, en el art. 1 del ccyc), al tiempo que los legitima como autoridad creadora de normas jurídicas y, como veremos luego, determina los límites de esta forma de regulación jurídica.

Con relación a los procedimientos de producción, las normas jurídicas consuetudinarias no surgen de un acto formal por parte de un órgano que las sancione expresamente, sino que se crean a partir de una repetición uniforme de conductas por los miembros del grupo social, con el convencimiento por parte de éstos de que ese modo de obrar constituye una obligación o deber jurídico.

Es decir, los comportamientos productores de normas consuetudinarias deben cumplir con dos requisitos o elementos: objetivo y subjetivo.

- *El elemento objetivo o material* está constituido por la práctica uniforme repetida y permanente de una determinada conducta por un grupo de personas.

Es preciso que el comportamiento se realice por la generalidad de los miembros del grupo, en forma constante o continuada, y que no exista al mismo tiempo otra costumbre en un sentido contrario o diverso.

- *El elemento subjetivo o psicológico* está determinado por el profundo convencimiento que deben tener los que realizan la costumbre de que este modo de comportamiento es obligatorio por cuanto podría, ante su incumplimiento, ser coactivamente exigido. Es decir, es el sentimiento de que el comportamiento que se realiza es jurídicamente obligatorio; comportarse de esa manera constituye un deber jurídico cuyo cumplimiento puede ser exigido.

Este elemento psicológico es el punto quizá más fuerte por el que se distingue a la costumbre jurídica de los convencionalismos sociales en los que, si bien existen prácticas repetidas por los miembros de un grupo social, éstas no se realizan con la convicción de que se está cumpliendo con un deber jurídico. Porque, precisamente, una simple costumbre se convierte en jurídica, en derecho consuetudinario, cuando ese uso repetido

y constante llega a ser considerado como jurídicamente obligatorio y su cumplimiento pasible de ser coactivamente exigido. Cabe agregar que las normas del derecho consuetudinario no tienen un momento de nacimiento determinado y concreto, siendo prácticamente imposible la localización de su origen porque, como señalamos, no surgen de un acto formal que las sancione sino que se generan paulatinamente, siendo su origen ciertamente difuso. También lo es su fin porque una costumbre jurídica puede ir perdiendo adhesión de los individuos del grupo en forma progresiva.

Corresponderá al juez, en caso de serle invocada una norma consuetudinaria, examinar su existencia y posibilidad de aplicación al caso concreto, procedimiento que conlleva una verdadera convalidación por una autoridad oficial de creación normativa. Con lo referido hasta aquí podemos enunciar como caracteres de la costumbre jurídica los siguientes:

- se origina espontáneamente
- surge lentamente sin tener un origen definido
- emana de un grupo social que es su autoridad normativa
- no es escrita
- se exterioriza por medio de actos de los miembros del grupo
- debe ser generalizada
- debe prolongarse en el tiempo
- debe ser considerada una obligación jurídica por quienes la practican

4.2. Clases de costumbre jurídica. Sus relaciones con la ley

Como señalamos, la potestad de creación normativa de los particulares deriva de la ley que determina que la creación consuetudinaria tenga valor, no autónomo, sino relativo o subordinado al que en ella se reconozca. Y debido a que las normas consuetudinarias emanan de una autoridad normativa diversa de la que crea a las normas legales, vemos cómo, a partir de analizar la posición de las primeras frente a las segundas, pueden coincidir o no las conductas establecidas como debidas en unas y otras, distinguiéndose, como ya ocurría en el derecho romano, diferentes categorías.

Antes de analizarlas, destaquemos la interesante observación que efectúa Cueto Rúa a propósito de la relación entre la costumbre jurídica y la legislación:

Las leyes consisten en proposiciones enunciadas por el legislador en virtud de las cuales se estatuye una obligación. Si esas leyes no se limitan a consagrar legislativamente una costumbre generalizada de los integrantes del grupo social, o del respectivo sector para el que se ha sancionado la ley, la ley enuncia una conducta como debida, pero debe aguardar que en la experiencia social, los sujetos, o en su defecto, los órganos comunitarios, la apliquen para que

pueda hablarse propiamente de ley vigente (Obsérvese que el autor emplea la palabra «vigencia» en el sentido con que usamos el término «eficacia»).

Siempre existe la posibilidad de que la conducta real no corresponda a la conducta debida según la ley, y, ...si no existe tal mínimo de vigencia, no existe verdadera ley. Ha mediado derogación por desuetudo. No es ese el caso de la costumbre. La costumbre es de por sí un hecho social, y la norma consuetudinaria es simplemente un pensamiento a posteriori, en el que el hecho social, ya existente, es pensado como debiendo ser. Así como existe la posibilidad de que la ley sancionada no alcance vigencia, tal posibilidad jamás se puede dar en el caso de la norma consuetudinaria. La norma consuetudinaria siempre es vigente (Julio Cueto Rúa: op. cit., pág. 117).

Teniendo en cuenta su relación con la ley, los tipos de costumbre jurídica son:

4.2.1. Costumbre jurídica según la ley (*secundum legem*)

Son aquellos comportamientos en el mismo sentido que los que la ley establece como debidos, es decir, el contenido de la costumbre es igual que el de la norma legal y aquélla no hace más que cumplirla, observar sus preceptos (art. 1 del ccyc).

4.2.2. Costumbre jurídica supletoria (*praeter legem*)

Es aquella que surge para suplir la ausencia de regulación legal, completándola. Son comportamientos que están fuera de la ley, pero no por ser contrarios a ella, sino porque completan el derecho escrito regulando consuetudinariamente los casos no previstos legalmente. Una autoridad normativa, la creadora de normas consuetudinarias –el grupo social–, suple el silencio de la autoridad normativa por excelencia que es el órgano legislativo productor de normas legales, por lo que la norma consuetudinaria llena el vacío dejado por la norma legal.

En el Código Civil proyectado por Vélez Sársfield la costumbre supletoria no era admitida, ésta fue aceptada recién a partir de la reforma de la Ley 17.711 en el año 1968 (art. 17 –tercera afirmación– del Código Civil) y por ultimo, fue receptada en la reforma del año 2015, en el Art. 1 del ccyc.

De allí que sea interesante transcribir las tres disposiciones conforme su redacción antes y después de las citadas modificaciones legales: art. 17 del Código Civil (redacción originaria): «...El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos».

Art. 17 del Código Civil (redacción modificada en el año 1968): «Los usos no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente».

Por último, el art. 1 del ccyc hoy vigente desde el año 2015, establece que «Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho».

4.2.3. Costumbre jurídica contraria a la ley (*contra legem*)

Es la que consiste en la realización de una conducta contraria a la establecida como debida en la ley, en un incumplimiento, una inobservancia de la norma legal.

Como se advierte de la lectura de las normas transcritas, en ambas versiones la costumbre contraria a la ley no es admitida por ésta. Sin embargo, la cuestión no es tan simple, se plantean problemas tanto en la teoría como en la experiencia jurídica.

En esta última se encuentran ejemplos de costumbres jurídicas abiertamente contrarias a la ley:

- Ejemplo de costumbre jurídica del derecho público: las leyes «secretas». Si bien el art. 99 inc. 3º de la Constitución Nacional ordena al Poder Ejecutivo «hacer publicar» las leyes, existe más de un centenar de leyes «secretas» en nuestro país, dictadas por gobiernos de *iure* y de *facto*, atribuyéndose a graves razones de seguridad, militares, económicas, etc. Aunque teóricamente no llegan a ser conocidas por el Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia, al considerar la Ley 19.111 –cuya aplicación rechazó– admitió no obstante y de modo general la falta de publicidad como una práctica posible en caso de «graves asuntos de Estado» (Fallos 286:62).
- Ejemplo de costumbre jurídica del derecho privado: los «pequeños» y cotidianos contratos celebrados por menores, quienes legalmente carecen de capacidad jurídica para hacerlo. Sin embargo, la sociedad acuerda sobre su legalidad y previsiblemente los jueces no anularían tales actos por esa razón.
- Otro ejemplo interesante entre nosotros es la naturalización del hábito de extraer fotocopias de textos o partes de los mismos sin autorización, hecho que lesiona el principio previsto en el art. 17 de la Constitución Nacional y las normas reglamentarias de la ley 11.723 que protege los derechos de autor.

Como ocurre en los ejemplos dados, hay numerosos casos en que una costumbre jurídica determina la ineficacia de la norma legal provocando la enervación de la misma, ya sea porque la práctica social prescinde de la ley y el grupo o la comunidad actúa como si ésta no existiera, o porque en los hechos se impone una conducta contraria a la establecida legalmente.

4.3. El papel de la costumbre jurídica en las principales ramas del derecho

En el derecho constitucional, los usos, interpretaciones y formas de aplicación que las autoridades políticas asignan a las normas constitucionales producen costumbres que se utilizan para resignificarlas, llenar vacíos o abandonar su aplicación. Un caso muy notorio de éste último supuesto, en el que se ha enervado una disposición constitucional, es la exigencia entre los requisitos para ser senador de «disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente» (art. 55 CN), que tiene un cariz aristocrático, asistemático y ajeno al espíritu del resto del texto constitucional.

En el derecho civil, como hemos expresado, la costumbre jurídica es admitida cuando es conforme a la ley o cuando la completa, no cuando es contraria a la disposición legal, aunque en los hechos efectivamente ocurra esta alternativa.

En el derecho comercial, aunque se encuentra unificado en el mismo código, la costumbre jurídica tiene un papel más protagónico en la regulación jurídica, incluso es la que ha dado origen a esta rama del derecho. Así lo establecía claramente el art. V del Título preliminar del antiguo Código de Comercio: «Las costumbres mercantiles pueden servir de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles». Se destaca en el derecho comercial el valor interpretativo que se le asigna a la costumbre jurídica, tanto de los actos y convenciones como de la terminología y lenguaje propios de esta rama del derecho.

La costumbre jurídica tiene aún más fuerza en el derecho internacional desempeñando un papel preponderante tanto que, según vimos en el Capítulo VI, Kelsen le ha atribuido a una norma consuetudinaria nada menos que el fundamento de las normas jurídicas internacionales subordinando la validez de éstas a la norma que establece el respeto por la costumbre jurídica.

En el derecho internacional público muchas relaciones tienen carácter consuetudinario, de modo que la costumbre aparece aquí como una importante forma de regulación jurídica.

En materia penal, el fundamental principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, según el cual «ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso», constituye un límite a la regulación por normas consuetudinarias dado que siempre el hecho que se pretende punir debe estar previsto como delito en la ley penal.

En definitiva, y en función de tener las normas constitucionales y legales mayor jerarquía que las consuetudinarias, la regla básica en nuestro sistema jurídico es que éstas últimas sólo podrán ser válidas en la medida que fortalezcan aquéllas regulaciones o las suplan en caso de vacíos, sin contradecirlas en las finalidades o valores que las sustentan.

5. SISTEMA ROMANÍSTICO Y COMMON LAW

Ya nos hemos referido, tangencialmente, a estos dos sistemas en otras oportunidades. Son dos modelos jurídicos que se distinguen en función de la prevalencia de una forma de producción de normas por sobre otra.

El sistema de tradición romanista se caracteriza por el primado de la legislación en la regulación jurídica. El órgano legislativo es la autoridad productora de normas por excelencia lo que determina que la ley, resultado de esa actividad creadora, prime por sobre los productos normativos de otros órganos que tendrán un valor secundario.

El juez –encargado de la aplicación del derecho– para resolver un caso concreto que se le presente, luego de realizar ciertas operaciones técnicas que analizaremos en el Capítulo X, debe encontrar la norma legal en cuyo supuesto de hecho o hipótesis se prevea el caso en cuestión y asignarle la consecuencia jurídica que ella establece.

En los sistemas de tradición anglo-americana el derecho surge mayormente a través de los usos y costumbres y de la jurisprudencia; esta última, a partir de la importancia del precedente. En dichos sistemas el derecho aparece con un fundamento predominantemente consuetudinario. Sin embargo, en una visión moderna del *common law* ese fundamento consuetudinario se va dejando de lado para considerar a los jueces como la principal autoridad normativa, de modo que el derecho está plasmado en los precedentes judiciales que a su vez se basan en usos jurídicos previos. El derecho aparece, por lo tanto, con un fundamento, más que consuetudinario, jurisprudencial, porque el principal protagonista como autoridad de creación normativa es el juez.

Éste, para resolver un caso concreto, debe acudir a fallos firmes dictados por otros jueces de su misma competencia en casos que guarden analogía en sus elementos relevantes. Pero constituye un error creer que en la práctica de este sistema la labor del juez se limita a buscar precedentes resolutorios de casos similares, sino que trabaja sobre la base de líneas jurisprudenciales, debiendo hacer una generalización normativa de ese cúmulo de fallos, es decir, formular la norma jurídica general que se ha aplicado a esos casos y aplicarla al caso actual.

Describimos genéricamente ambos modelos aclarando que, desde luego, las peculiaridades que cada sistema presenta en los diferentes países dependen siempre de factores sociales e históricos que determinan que no exista uniformidad sino sólo pertenencia a uno u otro. Por otro lado, puede señalarse una tendencia, por parte de los sistemas romanistas, a dar cada vez mayor relevancia al precedente judicial, como en el *common law* a regular legalmente ciertos aspectos del derecho.

En síntesis, y como Miguel Reale lo señala:

Sería absurdo pretender saber cuál de los dos sistemas es el más perfecto, puesto que sólo en función de la índole y de la experiencia histórica de cada pueblo se puede hablar de un Derecho ideal. Si, por una parte, en favor de cada tradición romanística se alardea de las ventajas de la certeza legal, por otra, los adeptos al common law invocan una mayor fidelidad a los usos y costumbres, a las aspiraciones inmediatas del pueblo. En realidad, son expresiones culturales diversas, que en los últimos años han sido objeto de influencias recíprocas, pues si bien las normas legales ganan día a día una mayor importancia en el régimen del common law, a su vez los precedentes judiciales desempeñan un papel cada vez más relevante en el derecho de tradición romanística (Miguel Reale: op. cit., pág. 113).

6. LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

La convención colectiva, según el concepto citado oportunamente, es todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y empleo, concertado entre los representantes de los empleadores y los de los trabajadores, debidamente elegidos y autorizados, de acuerdo con la legislación nacional.

Los particulares, por medio de grupos representativos que se constituyen para la defensa de sus derechos laborales, intervienen en el proceso de creación normativa a través de la elaboración de normas jurídicas que regulan sus relaciones de trabajo.

Estos grupos sociales de trabajadores y empleadores son un verdadero centro de producción normativa por cuanto, a través de los contratos colectivos en los que se regulan sus derechos y obligaciones, crean normas jurídicas que tendrán el ámbito de aplicación que ellos le acuerden dentro de los límites que la ley establece.

La Constitución Nacional a partir de su reforma en 1957, en el art. 14 bis otorga y garantiza el ejercicio de dicha potestad normativa. Actualmente, las convenciones colectivas están reguladas por la Ley 14.250, modificada por la Ley 23.546. En ella se establecen las formas o procedimientos que deben cumplir dichos instrumentos normativos y sus requisitos de validez.

Las convenciones colectivas, conforme los arts. 2, 3 y 4 de la Ley 14.250, deben:

- celebrarse por escrito
- contener (las llamadas «cláusulas necesarias»):
- lugar y fecha de su celebración
- nombre de los intervinientes y acreditación de su personería
- actividades y categorías de trabajadores a que se refieren
- zona de aplicación

- período de vigencia
- ser homologadas por el ministro de Trabajo
- ser inscriptas en el Registro que lleva el Ministerio de Trabajo
- ser publicadas en medios oficiales por el Ministerio de Trabajo dentro de los diez días de su homologación. Este requisito marca el comienzo de la vigencia, que es desde el día siguiente a la publicación.

Las normas jurídicas creadas en las convenciones colectivas de trabajo se ubican jerárquicamente por debajo de las normas legales de orden público y en la misma jerarquía que las dispositivas o supletorias. Sin embargo, esta jerarquía entre las normas de orden público y las convenciones colectivas es alterada, conforme el principio de la norma más favorable que establece el art. 8 de la Ley de Contrato de Trabajo, cuando estas últimas establecen derechos más favorables a los trabajadores. La misma relación se da entre las cláusulas del convenio colectivo y las del contrato individual de trabajo, la aplicación de las primeras prima sobre las segundas siempre que éstas no sean más favorables al otorgar al trabajador mejores derechos.

7. EL NEGOCIO JURÍDICO

El negocio jurídico, tal como lo hemos referido en el Capítulo V, es el acto jurídico por el cual una o más partes, mediante un acuerdo de voluntad, regulan sus derechos y obligaciones dentro de los límites permitidos por la ley.

Señalamos que el carácter de la relación jurídica está determinado por la índole del hecho que tiene por causa, el acontecimiento o acto que le da origen. Pero también contribuye a la caracterización del tipo de relación de que se trate el fin que tuvieron en miras los sujetos al realizar el acto y su regulación normativa.

Lo determinante para caracterizar una relación jurídica como «negocio jurídico» es que las obligaciones surgidas de ésta son el resultado directo de la manifestación de voluntad de los sujetos.

Se asimila el negocio jurídico (término que proviene de la doctrina alemana) al contrato, por su notoria importancia en el mundo jurídico, cuando en realidad éste es una categoría de aquél, el acto que se forma con el consentimiento de dos o más personas o partes. Por tal razón, nos detendremos en su consideración ubicándonos en el ordenamiento jurídico argentino.

El contrato está definido en el art. 957 del Código Civil y Comercial que señala que «es un acto jurídico mediante el cual dos o mas partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, trasferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales».

Los particulares aparecen como verdaderos centros de producción normativa puesto que ese acuerdo de voluntades que ellos alcanzan, ese consentimiento que se prestan con respecto a la forma en que regularán sus derechos y obligaciones, constituye un acto de elaboración normativa del que resulta la creación de normas jurídicas con efectos limitados a los participantes en un determinado acto.

Esta forma de creación normativa tiene la particularidad que los sujetos creadores de la norma coinciden plenamente con los destinatarios de la misma, de allí que sus efectos sólo alcancen a sus autores en cuanto participantes del acto.

La ley es la que confiere a los particulares la potestad de generar normas jurídicas reguladoras de sus relaciones contractuales, a partir del principio de la libertad de contratación, consagrado en el art. 958 ccyc en estos términos: «Las partes con libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres».

Con respecto al procedimiento de creación, la ley establece ciertos requisitos que deben cumplirse para este acto de producción normativa:

- las partes deben prestar consentimiento mutuo, pudiendo ser expreso o tácito (art. 971 ccyc),
- las partes deben tener la capacidad requerida legalmente para el tipo de acto que se celebra (arts. 1001 y 1002 ccyc),
- el contrato debe tener un objeto lícito, conforme a la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958 ccyc),
- el contrato debe ser celebrado conforme con las formas o solemnidades establecidas para el tipo de acto de que se trate. Cuando la ley no designa una formalidad especial podrán usarse las formas que se juzguen convenientes (arts. 969, 1015 a 1017 ccyc).

8. UBICACIÓN DE LA DOCTRINA EN LA CREACIÓN DEL DERECHO

Hemos tratado, a lo largo de este y el anterior capítulo, la problemática de la creación del derecho a partir de hacer un análisis de los diferentes órganos o autoridades normativas en cuanto sujetos que tienen potestad de creación de normas, así como las formas o procedimientos que deben cumplirse para su elaboración en cada caso. Analizaremos, finalmente, el papel que desempeña la doctrina científica en la producción normativa.

La doctrina es el conjunto de estudios, teorías, explicaciones y recomendaciones de los científicos del derecho con respecto a las normas positivas. La ubicación de esta problemática en este tema se justifica porque tradicionalmente los autores analizan la doctrina entre las fuentes del derecho; si bien hemos propuesto abandonar esta denominación para referirnos a los órganos y procedimientos de creación normativa, no podemos dejar de referir a la doctrina, tanto por razones históricas como por la importancia que reviste el análisis científico normativo para la elaboración, sistematización e interpretación del derecho.

Actualmente el papel de la doctrina en la experiencia jurídica, si bien es de gran importancia, no reviste el que tuvo en otras épocas históricas ni tiene la misma función que se le asignara a las opiniones de jurisconsultos de destacado prestigio que tenían fuerza vinculante en la determinación de normas jurídicas que obligatoriamente los destinatarios debían cumplir y los jueces aplicar.

En la Roma imperial, las opiniones de algunos ilustres jurisconsultos eran, por disposición expresa del emperador, obligatorias para los jueces. A los doctrinarios les fue conferida (desde Tiberio -42 aC a 37 dC- la potestad de emitir dictámenes con fuerza vinculante para el juez (*ius respondendi*). Adriano (76-138 dC) resolvió que serían obligatorios cuando fueran concordantes. Posteriormente, y para resolver las situaciones de controversias entre los doctrinarios, se dictó la Ley de Citas (426) que sólo dio obligatoriedad a las opiniones de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gayo, así como a las de autores citados por éstos. La Ley de Citas fue derogada por Justiniano en el siglo VI.

En la actualidad, las opiniones y conclusiones emanadas de los estudiosos del derecho no constituyen manifestaciones de producción normativa, sólo son el resultado de una actividad que se limita a reproducir el derecho ya elaborado, de una manera razonada y sistematizada, proponiendo fundamentalmente, en caso necesario, las modificaciones legales que se consideran convenientes, sin que éstas obliguen a los órganos de producción normativa.

Sin perjuicio de ello, como anticipamos, revisten gran interés e influencia tanto para los jueces que las invocan para fundamentar sus decisiones, para los abogados que los citan permanentemente en sus escritos, como para el mismo legislador, dado que constituyen un instrumento imprescindible para una mejor interpretación de las normas jurídicas así como una guía para su elaboración. En síntesis, si bien ejercen una considerable influencia en el proceso de creación normativa, no intervienen en él de una manera directa, como una autoridad creadora de normas, sino sólo como una herramienta de consulta a la que acuden para fundamentar sus decisiones los órganos normativos y demás operadores del derecho.

9 Aplicación de las normas jurídicas

1. LA ACTIVIDAD JUDICIAL

En los dos capítulos precedentes analizamos los diferentes órganos creadores de normas jurídicas así como la forma en que esta producción normativa se lleva a cabo en cada caso. Una de las autoridades normativas a la que nos hemos referido es el órgano jurisdiccional, dentro de los denominados oficiales, que nos ha permitido verificar que jueces y tribunales, como integrantes del Poder Judicial, constituyen centros de donde emanan normas jurídicas emitidas en cada oportunidad para resolver concretamente un conflicto jurídico mediante un acto creador de normas de carácter individual. Analizamos en el Capítulo I distintos enfoques tendientes a identificar el elemento definitorio del derecho, destacando que se trata de un fenómeno complejo que no se explica suficientemente sólo con una mirada exclusivamente normativista o que lo defina como producto del legislador, sino constituyendo, además de una estructura normativa compuesta por diferentes especies de reglas y principios, diversos procedimientos a cargo de los operadores jurídicos (legisladores, jueces, funcionarios, etc.), muchos de ellos de carácter argumentativos.

El derecho en la actualidad ya no es visto exclusivamente desde la óptica del legislador, sino que a partir de ésta se desplaza preponderantemente hacia la actividad del juez, poniéndose de manifiesto una mayor preocupación o interés por el derecho vivo, el que efectivamente se concreta en la realidad a partir de las decisiones de dicha autoridad. De allí la importancia de la Teoría de la Argumentación en la actual visión del fenómeno jurídico, en cuanto se ocupa de la práctica judicial y las decisiones que concretizan el derecho cristalizado en leyes y códigos, llevándolo a la realidad en la solución de los casos.

Nos ocuparemos ahora, precisamente, de la actividad de jueces y tribunales en la resolución de los casos concretos, enfatizando no ya su condición de autoridad normativa, sino el simultáneo carácter de órgano aplicador del derecho, como la autoridad que por disposición de la Constitución Nacional conoce y decide los casos concretos conforme el derecho vigente. Nos interesa, en definitiva, el problema de la aplicación judicial de las normas jurídicas.

Es preciso hacer algunas aclaraciones con el fin de ubicar nuestro cometido en el amplio marco que sugiere el problema planteado. Como no podía ser de otro modo, el término «aplicar» presenta también cierta ambigüedad. En un sentido amplio, se suele emplear para referir al cumplimiento normativo por parte de los particulares. Así, cuando favorecemos con nuestra conducta cuidadosa el mantenimiento de la plaza más cercana, podría decirse que estamos «aplicando» la ordenanza municipal que así lo establece. Del mismo modo, quien celebra un contrato de compraventa y paga en término el precio pactado estaría también «aplicando» una norma emanada del acuerdo preestablecido, y también de la norma legal que otorga categoría de ley entre las partes a las convenciones realizadas entre particulares. Habría, en estas ocasiones, innumerables por resultar el núcleo de la praxis jurídica del derecho en su expresión viva y dinámica, una aplicación consistente en el ajuste de las conductas a lo prescrito por la normatividad.

Si partimos de la idea de que aplicar una norma jurídica es someter un caso particular al imperio de una regla de derecho, en otros contextos podrá verse un acto de «aplicación» en el realizado por quien ejerce la abogacía, al responder a una consulta relacionada con determinado problema jurídico, e inclusive, en la actividad del jurista que prevé soluciones para un conflicto hipotético, aunque en tales situaciones no estaríamos en presencia de una aplicación oficial.

Sin embargo, en sentido estricto empleamos el término «aplicar», en su forma más interesante, para conectar la actividad de aplicación con la de creación normativa. En este aspecto, la producción de una norma jurídica implica la aplicación de una norma superior, cualquiera sea el órgano o autoridad productora con competencia para ello. Así ocurre cuando el órgano legislativo sanciona leyes de acuerdo con los procedimientos y contenidos establecidos en la Constitución Nacional; o la autoridad administrativa realiza actos de ejecución aplicando las leyes regulatorias de la actividad que se trate; o lo hacen los integrantes del poder judicial al dictar sentencias empleando la legislación pertinente; o los particulares, retomando el ejemplo anterior, cuando crean sus normas convencionales por existir una autorización legal para hacerlo.

En estas ocasiones es evidente la conexión existente entre el acto de creación normativa y el de aplicación, sólo separables por razones didácticas. En este sentido usaremos el término aplicación en el desarrollo del tema pero –y aquí viene otra de las aclaraciones prometidas– no nos ocuparemos de todos los casos de creación-aplicación sino que, como lo consignamos al principio, acotaremos la consideración a la judicial.

Se impone asimismo limitar esta última clase de aplicación. Los jueces aplican todo tipo de normas jurídicas, provenientes de las distintas autoridades normativas, no obstante lo cual, también por razones didácticas, nos referiremos estrictamente a la aplicación que hacen de la ley, en cuanto

norma general creada por el órgano legislativo, para resolver un caso concreto. Esto es, analizaremos, como es tradición doctrinaria, la aplicación de las normas legales por la autoridad normativa judicial.

2. CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA APLICACIÓN JUDICIAL

Los jueces tienen competencia exclusiva para solucionar los conflictos jurídicos que les son sometidos. Esta es la tarea de aplicación del derecho, la tarea de conocer y decidir en un caso concreto a quién asiste razón en virtud de una disposición legal, estableciendo los derechos y obligaciones de los sujetos participantes.

Dicha actividad puede sintetizarse en la siguiente noción clásica:

Aplicar es subsumir lógicamente el caso concreto en el supuesto abstracto de la norma y atribuirle la consecuencia jurídica en ella prevista.

Tal actividad es compleja, no se cumple en un solo acto con la simple verificación de que la hipótesis de la norma contempla el caso en cuestión, imputándose de modo automático la consecuencia prevista, sino que los jueces deben necesariamente desplegar una serie de actividades que los conducen a lograr la decisión más adecuada al caso concreto.

Se suelen distinguir, en principio, tres niveles de dificultad que pueden presentarse en esta actividad:

- Que se cuente con una norma precisa que contempla claramente el caso planteado.
- Que la norma que prevé el caso a resolver se presta a confusiones, no lo regula con precisión, subsisten dudas acerca de la comprensión del hecho en la hipótesis normativa, se trata de una norma oscura, etc.
- Que efectivamente no exista una norma legal que lo regule.

En cualquiera de las tres situaciones deberá el juez realizar complejas operaciones lógicas y valorativas a las que nos referiremos a continuación; obviamente, éstas se incrementarán a partir del primer supuesto hasta llegar al «caso difícil», aquel que exige la profundización de la actividad judicial, así como al denominado «vacío legal».

Las operaciones lógicas y valorativas a las que hicieramos mención pueden considerarse cuestiones fundamentales que se plantean en la aplicación judicial de las normas legales. Sólo por razones didácticas podemos independizar las operaciones que enseguida vamos a individualizar, porque se trata de actividades absolutamente vinculadas, conexas y simultáneas que confluyen en cada acto de aplicación.

Bien presente esta aclaración, para facilitar su estudio, podemos identificar las referidas cuestiones fundamentales como la determinación de los hechos y la norma aplicable, la verificación de su vigencia, la interpretación del texto normativo, la integración en caso de inexistencia del mismo y la solución de los posibles conflictos que pueden darse entre diversas normas aplicables.

2.1. Determinación de los hechos y la norma aplicable

Lo que reiteradamente hemos denominado «caso concreto» presenta un sustento fáctico que son los hechos acerca de los cuales se ha producido el conflicto jurídico. Cuando se presentan al juez, requiriendo su intervención para resolver, resulta claro que la primera actividad que éste realiza en el camino que debe recorrer hasta llegar a la decisión concreta es, precisamente, la comprobación de la existencia del mismo, lo que procesalmente se denomina su prueba mediante los medios probatorios recogidos generalmente a instancia del interesado. Cumplida esta etapa, previo a su decisión, el juez debe valorar el material de convicción producido a los efectos de verificar si realmente el hecho ha ocurrido y, en su caso, cuáles han sido sus circunstancias constitutivas.

Una vez realizada esta actividad debe proceder a la reconstrucción intelectual del hecho, conceptualizándolo desde un punto de vista jurídico, para darle una significación que posibilite la aplicación de la solución prevista en la norma jurídica, cuya determinación debe efectuar en una actividad circular que va y vuelve del hecho a la norma hasta que logra la subsunción normativa necesaria en todo proceso de aplicación.

Como señala Luis Recasens Siches: «Hay una recíproca interrelación, simultánea e indisoluble, entre la constatación del hecho incluyendo su calificación jurídica y el hallazgo o la determinación de la norma aplicable». No se puede seleccionar la norma aplicable sin previamente haber calificado jurídicamente el hecho y, al mismo tiempo, esta calificación no puede hacerse sino de acuerdo con el marco configurado por el texto legal.

La calificación implica la determinación de una serie de elementos o características relevantes que presenta el hecho o hechos que conforman el caso, a partir de las cuales puede el juez determinar cuál es el tipo de hecho, acto o relación jurídica de que se trata. Así, por ejemplo, ante una demanda por incumplimiento contractual, el juez deberá individualizar a los sujetos intervinientes, establecer cuáles han sido los derechos y deberes pactados, cuáles los incumplidos, cuál es el objeto de la relación jurídica, cuáles son en concreto las prestaciones prometidas por las partes del negocio, cuál ha sido la modalidad de cumplimiento acordada y así, las demás particularidades, todo lo cual llevará al juez a calificar el negocio jurídico como compraventa, permuta, comodato, etc. Esta calificación se realiza conforme a las descrip-

ciones que contienen las normas que regulan dichos contratos, de modo que, en el ejemplo, si el juez se decide por considerar que la relación configura un contrato de comodato (o préstamo de uso) será porque los elementos constatados en el proceso coinciden con los estipulados en la hipótesis de la norma como configurativos de dicho contrato.

En síntesis, la primera y necesaria tarea que debe llevar a cabo el juez es la determinación de los hechos y de la norma aplicable, la búsqueda de una norma en cuyo enunciado genérico encuadre el hecho particular previamente calificado, dándole así un sentido concreto a la norma jurídica general.

2.2. Determinación de la vigencia y ámbito espacial de aplicación de la norma

Una vez reconstruidos los hechos e identificada la norma que regula el caso concreto, el juez debe asegurarse si ésta lo rige efectivamente –es decir, si se encuentra vigente–, así como si lo comprende por razones territoriales.

2.2.1. La determinación temporal de la vigencia de la norma

Como referimos en otras oportunidades, una norma está vigente cuando en un momento y lugar determinados rige efectivamente. También analizamos que la vigencia puede ser determinada o indeterminada, según se haya fijado o no su inicio y/o lapso de duración.

El juez debe establecer la vigencia temporal de la norma para determinar si la situación de hecho que se somete a su decisión está regida efectivamente por ella.

Tenga la norma una vigencia determinada o indeterminada, por lo general, no rige hacia el pasado sino hacia el futuro, según el principio de irretroactividad consagrado en el art. 7 del ccyc: «Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo».

La retroactividad es la excepción y debe estar expresamente prevista y sin afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Si las normas son obligatorias una vez publicadas y nadie puede excusarse de sus consecuencias alegando su ignorancia, a nadie tampoco puede imputarse la violación de un precepto que al tiempo de la realización del acto no se había

incorporado al ordenamiento jurídico, porque, como se señaló, vulneraría la seguridad jurídica, valor que se aspira realice el derecho.

En su tarea de determinar la vigencia temporal de la norma, el juez puede encontrarse con que ésta tiene un:

- Efecto inmediato: cuando su obligatoriedad comienza inmediatamente después de su publicación oficial, de modo que si el supuesto de hecho concreto aconteció posteriormente a la publicación de la norma, será regulado por ella.
- Efecto diferido: cuando la norma establece que comenzará a regir en un plazo, más o menos amplio, posterior a su publicación. Así ocurrió con el Código Civil y Comercial de la Nación, que fue sancionado el 1ro. de octubre de 2014 mediante la ley 26994 y entró en vigencia el 1ro. de agosto de 2015. La finalidad del efecto diferido es que durante el lapso de vacancia pueda ser mejor conocido por sus destinatarios, al mismo tiempo que posibilita que los operadores jurídicos realicen su estudio con miras a su próxima aplicación.
- Efecto retroactivo: cuando la norma expresamente establece que su regulación alcanza a hechos realizados con anterioridad a su publicación oficial, podrá, ser aplicada al caso, siempre dejando a salvo derechos amparados por garantías constitucionales.

2.2.2. La determinación del ámbito espacial de aplicación de la norma

También el juez debe determinar el ámbito territorial de validez de la norma porque las leyes pueden tener aplicación en todo el territorio del Estado (leyes nacionales) o un alcance restringido a un sector territorial de éste (leyes provinciales o locales); el caso concreto puede quedar excluido de la regulación de la norma debido a que su ámbito de aplicación espacial no lo alcanza.

Asimismo, determina el juez el ámbito espacial de las normas cuando establece si, para la solución de un caso concreto que tiene algún punto de conexión en otro Estado, es aplicable la norma nacional o la extranjera. Esta problemática fue analizada en el Capítulo VII, cuando referimos que la ley del Estado es pasible de ser aplicada fuera del territorio de éste y, viceversa, una ley extranjera puede ser aplicada en el territorio nacional.

2.3. Interpretación

Una vez identificada la norma que regula el caso y constatada su vigencia temporal y espacial, se impone interpretarla. Ya hemos señalado, pero quizás convenga recordarlo nuevamente, que sólo por razones didácticas es posible

independizar las operaciones que venimos individualizando, dado que se trata de actividades conexas y simultáneas al acto de aplicación.

Interpretar, según la clásica definición, es desentrañar el verdadero sentido y alcance de la norma jurídica.

Como las normas se formulan mediante el lenguaje, la actividad interpretativa se realiza sobre el texto que las explicita.

La interpretación constituye una operación necesaria a la aplicación de la norma jurídica, que tiende a establecer si el caso concreto está efectivamente previsto en el enunciado de la norma.

Decimos necesaria porque debe ponerse en práctica aun ante la presencia de una norma clara y precisa, no sólo frente a un texto ambiguo, impreciso u oscuro. Como señalamos, la norma legal describe en términos generales un supuesto de hecho (una clase de hechos, un tipo de hecho) al que le asigna consecuencias jurídicas y aunque el texto sea claro, la verificación de su alcance al caso particular ya es una actividad interpretativa.

Esta operación presenta diferentes alternativas y complejos problemas a los que por su importancia dedicaremos el capítulo siguiente. En esta ocasión sólo la enunciamos, destacando su relevancia en la aplicación judicial, imprescindible para lograr la decisión que resuelve el conflicto planteado.

2.4. Integración

Puede ocurrir que la actividad del juez fracase en las operaciones indicadas precedentemente por el obstáculo que supone no encontrar la norma legal a la que pueda subsumir el caso a resolver, situación en la que debe acudir a la integración.

Así denominamos al conjunto de procedimientos que debe realizar el juez en ciertas ocasiones de carencia de una norma adecuada para la regulación del caso concreto, situación que habitualmente se caracteriza como vacío legal.

Esta actividad se pone en práctica cuando las primeras operaciones de determinación fáctica y normativa arrojan un resultado negativo, es decir, cuando el hecho no puede subsumirse en los géneros normativos del sistema. Estamos en presencia del clásico problema, también designado como el de las «lagunas de la ley», cuestión que demanda del magistrado la tarea de la integración.

El ordenamiento jurídico, en el art. 2 del ccyc, brinda al órgano judicial los mecanismos para solucionar las situaciones de ausencia de regulación. Estos son: la analogía, los tratados sobre derechos humanos y los principios y valores jurídicos.

El estudio de la integración en la aplicación de las normas jurídicas será tratado extensamente en el Capítulo XI.

2.5. Conflictos normativos

A propósito de la elección de la norma adecuada para regular el caso, pueden presentarse al juez inconvenientes derivados de ciertos defectos lógicos que todo ordenamiento jurídico puede contener. Nos referimos en este caso a los distintos supuestos de conflictos entre normas que un sistema jurídico puede presentar. Es éste un problema que tiene que ver con la existencia en el mismo de dos o más normas jurídicas que regulan el caso en cuestión y le asignan consecuencias diferentes. Generalmente, ante este problema de existencia de normas incompatibles, el mismo derecho positivo cuenta con mecanismos o recursos técnicos para resolverlos.

Como ya tuvimos oportunidad de analizar en el Capítulo VI, los conflictos pueden presentarse entre normas de diferente o igual jerarquía.

Para el primer caso, en que las normas que regulan el supuesto de hecho concreto están en diferentes gradas de la jerarquía normativa, el juez debe resolver por considerar válida la norma superior, aplicando un criterio jerárquico.

Para el segundo caso, cuando las normas incompatibles están en igual jerarquía, el juez debe apelar al criterio cronológico declarando la aplicabilidad de la norma posterior, o al criterio de la especialidad por el cual la ley que regula el caso de una manera específica prevalece sobre la que lo regula en términos generales.

En el siguiente capítulo, y en relación concretamente con la interpretación, volveremos sobre éste y otros defectos lógicos que en ocasiones se presentan en el sistema jurídico.

2.6. El silogismo jurídico

El silogismo jurídico consiste en un tipo de razonamiento deductivo integrado por una premisa mayor, constituida por la norma jurídica aplicable y una premisa menor, en la que se ubica el caso concreto que debe ser resuelto, de las que se infiere una conclusión que está dada por la consecuencia jurídica prevista en la norma aplicable a dicho caso.

Así lo consideran Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin al sostener que el razonamiento que los jueces realizan para fundar sus decisiones puede reconstruirse como un razonamiento silogístico que puede definirse del siguiente modo:

El razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo con el derecho vigente es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normativas y fácticas, se

llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular.

Por ejemplo:

| | |
|----------------------|---|
| Premisa Mayor | Art. 2.462 del ccyc: El testamento ológrafo para ser válido en cuanto a sus formas, debe contener las solemnidades legales pertinentes. La falta de alguna de estas formalidades lo anula en todo su contenido. Art. 2477 del CCy C: El testamento ológrafo debe ser íntegramente escrito con los caracteres propios del idioma en que es otorgado, fechado y firmado por la mano misma del testador. |
| Premisa Menor | Ticio redactó su testamento ológrafo designando único heredero a Cayo, pero omitió insertar la fecha manuscrita en el documento, por lo que Sempronio, interesado en la cuestión por su vocación hereditaria derivada de su parentesco lejano con Ticio, cuestiona la validez del testamento que Cayo pretende ejecutar. |
| Conclusión | El testamento atribuido a Ticio se declara nulo en todo su contenido. |

El ejemplo pone de manifiesto el procedimiento lógico de subsunción mediante el cual el juez verifica si el supuesto de hecho concreto está comprendido en el supuesto de hecho abstracto contenido en la norma y en tal caso le aplica la consecuencia normativa prevista en la misma. Su esquema lógico podría representarse del siguiente modo:

| | |
|----------------------|---|
| Premisa Mayor | «Si es A debe ser B» (norma). |
| Premisa Menor | «H» (hecho concreto). |
| Conclusión | «Si H es un caso de A, debe ser B» (para el hecho concreto «H» corresponde la consecuencia jurídica «B»). |

En realidad, así mostrado, el procedimiento silogístico parece una sencilla operación mecánica, que puede formularse de modo automático. Esta impresión puede resultar válida en aquellos casos, como el del ejemplo que acabamos de dar, en los que con simpleza se pone en juego sólo un hecho bien definido y una clara norma aplicable, donde la operación lógica de subsunción no ofrece dificultad alguna.

Estos casos, que afortunadamente son frecuentes en la actividad judicial, denominados comúnmente como casos fáciles o rutinarios, se solucionan mediante un razonamiento jurídico simple, que posibilita a los jueces motivar («justificar») sus decisiones sólo o predominantemente mediante el esquema silogístico, dado que no existen dificultades en el establecimiento de las premisas fáctica y normativa; en consecuencia, tampoco genera inconvenientes el paso de éstas a la conclusión (inferencia).

Se trata de la justificación de las decisiones judiciales desde el aspecto interno o justificación interna, como se la denomina en la clásica distinción formulada por Wróblewski, que está destinada a verificar si la decisión se sigue lógicamente de las premisas invocadas para su fundamentación y que, por ello, está siempre presente en toda decisión jurídica.

Sin embargo, sería ilusorio pensar que el silogismo jurídico puede emplearse sin problemas en la totalidad de los casos jurídicos. Contrariamente, las dificultades que hacen tan compleja la tarea de aplicación judicial son variadas y numerosas, algunas de las cuales hemos analizado ya al tratar las cuestiones fundamentales de la actividad de aplicación.

Generalmente, los inconvenientes aparecen al momento de la reconstrucción de las premisas, en oportunidad de la determinación de los hechos, su prueba y calificación, o de la norma, en cuyo enunciado abstracto y genérico puedan considerarse comprendidos tales hechos, o en el acto de interpretación, por la dificultad de establecer el sentido y alcance de la norma aplicable.

Siguiendo a MacCormick, estos problemas jurídicos pueden caracterizarse en cuatro tipos:

- *Problemas de relevancia*: que se suscitan cuando se duda acerca de cuál es la norma aplicable al caso.
- *Problemas de interpretación*: que se dan cuando determinada la norma aplicable hay dificultades para acotar su sentido y alcance.
- *Problemas de prueba*: que se presentan con motivo de la carencia o inexistencia de elementos de juicio para configurar los hechos o no existe certeza sobre su existencia.
- *Problemas de calificación*: que se suscitan cuando estando acreditada la existencia y características del hecho, existen inconvenientes para su conceptualización jurídica que permita incluirlo como supuesto de hecho concreto en el contenido previsto normativamente.

Cuando aparecen estos problemas, nos situamos en lo que denominamos casos difíciles, que se dan cuando el establecimiento de las premisas fáctica y normativa presentan dificultades importantes, supuestos en los que, como señala Atienza:

Es necesario presentar argumentos adicionales –razones– en favor de las premisas, que probablemente no serán ya argumentos puramente deductivos, aunque eso no quiere decir tampoco que la deducción no juegue aquí ningún papel. A este tipo de justificación que consiste en mostrar el carácter más o menos fundamentado de las premisas es a lo que se suele llamar justificación externa [...] Por supuesto, en los casos difíciles la tarea de argumentar en favor de una decisión se centra precisamente en la justificación externa. La justificación interna sigue siendo necesaria, pero ya no es suficiente y pasa, por así decirlo, a un segundo plano de importancia (Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico, Ariel, Barcelona, 1997, pág. 127).

El texto transcrito nos conduce a referirnos esquemáticamente a la teoría de la argumentación, que se ocupa justamente del modo de justificar en los casos difíciles.

3. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En los últimos cincuenta años los aportes de la tópica jurídica de Theodor Viehweg y la nueva retórica de Chaim Perelman aparecen como importantes precedentes de las corrientes actuales que se conocen con la denominación genérica de Teoría de la Argumentación, en la que cabe incluir autores como Toulmin, MacCormick, Habermas, Alexy, Aarnio y, en nuestro idioma, el ya mencionado Atienza, aunque cada uno presente sus lógicas particularidades.

La teoría de la argumentación opera principalmente en el contexto de aplicación de las normas jurídicas, pero existen otros campos donde se llevan a cabo argumentaciones, como el campo de producción de las normas jurídicas (por ejemplo, en el ámbito legislativo, sobre todo en la etapa previa a la sanción de una ley) y el de la dogmática jurídica, en los que los autores se ven precisados a justificar sus puntos de vista sobre determinadas materias.

Es que la práctica del derecho es especialmente argumentativa, como lo evidencia la actividad de los abogados, legisladores, jueces, órganos administrativos, doctrinarios; de allí que se considere muy prestigioso realizar una buena argumentación a la hora de fundar una pretensión, una decisión, de exponer un criterio sobre un problema jurídico. No debe olvidarse que los jueces deben motivar sus sentencias por imperativos constitucionales y legales, así como que están constreñidos a fallar no obstante la oscuridad, insuficiencia o el silencio de la legislación.

Centrando la cuestión en la fundamentación de las decisiones judiciales, necesaria para la aplicación normativa, que es precisamente lo nos ocupa, vemos que la Teoría de la Argumentación se propone dar respuestas a preguntas tales como: ¿Qué significa argumentar jurídicamente?, ¿qué caracteriza a la argumentación jurídica?, ¿cómo puede establecerse la corrección de una argumentación?, interrogantes que aparecen urgentes en los llamados casos difíciles, en los que, como se ha visto, deben darse razones mas allá de lo deductivo.

En estos casos no hay acuerdos suficientes para la reconstrucción de las premisas y la propia conclusión. Se presentan interpretaciones diferentes que permiten fundamentar decisiones contradictorias, de lo que pareciera surgir que las decisiones se adoptan por el simple arbitrio de los intérpretes con la consiguiente lesión al principio de certeza, que como postulado del valor seguridad jurídica es una aspiración ineludible del derecho.

Hay materias muy sensibles a la aparición de un caso difícil como, por ejemplo, la vida. Pensemos en la gestación desarrollada en un vientre distinto del de la madre, en la clonación, en la inmediata recuperación del semen del marido recién fallecido para su utilización en una concepción futura, en la eutanasia. Todas situaciones de alto grado de problematicidad, donde concluyen comprensiones diversas de los valores y fines necesarios para

dar sentido a la decisión, en las que difícilmente se encuentre en la ley una suficiente previsión del caso o existan reglas a partir de las cuales podría resolverse de distinta forma, es decir, podría darse más de una respuesta correcta dentro de los límites del derecho positivo.

La Teoría de la Argumentación, frente a estas situaciones críticas –ante el reconocimiento de que existe un margen de discrecionalidad en las decisiones jurídicas, aunque se encuentren basadas en la ley–, se propone justificarlas racionalmente, estableciendo reglas para determinar la corrección de los argumentos, con lo cual no descuida aquella exigencia de certeza, sino que tiende a asegurarla, incrementando las posibilidades de control de los operadores jurídicos y permitiendo una mayor aceptabilidad social de las resoluciones judiciales.

La argumentación jurídica, en todo caso, debe distinguirse de la que se produce en otros ámbitos –como el científico y el filosófico– así como en otros contextos, como el moral y político, estos dos últimos prácticos como el jurídico, donde también se llevan a cabo argumentaciones para convencer intersubjetivamente. Sin embargo, la argumentación jurídica se caracteriza específicamente por encontrarse institucionalizada en el sentido de que tiene por límite la legislación, que no sólo proporciona el material normativo aplicable del que el juez no puede prescindir, sino también porque esa legislación inviste de competencia a jueces y tribunales para decidir válidamente en los casos que se presenten, con el fin práctico de arribar a una decisión definitiva. Esto puede ejemplificarse con la actividad de los órganos superiores, como la Corte Suprema de Justicia, cuyas sentencias ponen punto final al conflicto jurídico en última instancia, sin que se trate de decisiones infalibles, sino que pueden estar equivocadas y contener errores e insuficiencias de fundamentación externa, no obstante lo cual la certeza que requiere el derecho les otorga un carácter final de gran relevancia.

Esto último nos conduce a establecer cuándo puede considerarse correcta una decisión, sobre todo cuando más de una respuesta se postula como correcta. Señala Atienza que para contestar a esta pregunta quizás habría que acudir a una instancia superior a los jueces y tribunales, por ejemplo, apelar a la opinión pública, o más precisamente, a la comunidad jurídica; pero en materia de casos críticos generalmente ésta se encuentra dividida y aunque no fuere así, aunque se tratara de la opinión mayoritaria y hasta unánime, nunca podríamos estar seguros de que se ha formado de manera plenamente racional.

Habría que acudir a una instancia ideal, no real, como lo hace MacCormick cuando refiere al espectador imparcial de Adam Smith, o Dworkin, al juez Hércules, o al auditorio universal de Perelman o a la comunidad ideal de diálogo de Habermas, a la que apela Alexy. En definitiva, la respuesta correcta estaría dada si todos los hombres respetasen las reglas del discurso racional.

Siguiendo la sintética pero densa exposición del autor citado, podríamos convenir que las exigencias que plantea la racionalidad práctica en la toma

de decisiones jurídicas podrían reducirse a los principios enunciados por MacCormick:

- *Principio de universalidad o de justicia formal*: los casos iguales han de tratarse de la misma manera. El juez debe considerar de igual modo los casos que mantengan las mismas propiedades relevantes para garantizar la justicia de su resolución.
- *Principio de consistencia*: las premisas normativas y fácticas sobre las que se asienta la decisión no deben contradecir las demás normas válidamente establecidas en el ordenamiento jurídico, así como la información fáctica disponible.
- *Principio de coherencia*: normativa y narrativa.

La coherencia normativa impone que las premisas normativas puedan subsumirse bajo principios generales o valores que resulten aceptables, en el sentido que configuren una forma de vida satisfactoria en determinado contexto social, conforme a la estructura de valores que sustentan al sistema jurídico. Por ejemplo, una norma que regulara la velocidad de circulación de los automotores puede subsumirse en valores que unifican a un ordenamiento jurídico como el orden, la seguridad pública y la salud y vida de las personas.

La coherencia narrativa determina que los hechos no comprobados por prueba directa deben resultar compatibles con los otros hechos aceptados como probados, y deben poder explicarse de acuerdo con los principios y leyes que rigen en el mundo fenoménico.

- *El argumento consecuencialista*: a los tres principios señalados, el autor citado agrega el argumento consecuencialista que consiste en que el juez valore las consecuencias normativas que derivan de su decisión, es decir, las acciones permitidas y prohibidas que se aplicarían a futuros casos análogos conforme al principio de justicia formal.

Para finalizar esta sucinta presentación de la Teoría de la Argumentación, no puede dejarse de destacar que su importancia excede el campo de la aplicación judicial, extendiéndose a los doctrinarios y demás operadores del derecho, con miras al conocimiento del razonamiento judicial que facilita el control de las decisiones y la crítica jurídica y ética que pueda efectuárseles. Asimismo, su importancia en la totalidad de las operaciones jurídicas oficiales y en la construcción dogmática. No es menos valioso el aporte que la argumentación puede proporcionar a los estudiantes de derecho, que deben habituarse a dar razones y pensar justificadamente lo jurídico en lugar de recepcionar acríticamente sólo una suma de conocimientos normativos.

10 Interpretación de las normas jurídicas

1. CONCEPTO

Hemos analizado, en el capítulo anterior, las diferentes cuestiones fundamentales que se plantean a los jueces y tribunales en la tarea de subsumir el caso concreto en el supuesto abstracto de la norma legal y atribuirle las consecuencias jurídicas previstas. Como vimos, la tarea de aplicar la norma jurídica al caso concreto es una actividad compleja que requiere de la realización de ciertas operaciones técnicas tendientes a resolver las cuestiones fundamentales que se plantean en la resolución de los casos. Entre ellas, la interpretación de la norma.

En esa oportunidad definimos dicha actividad, conforme el concepto clásico, como aquella que tiende a desentrañar el verdadero sentido y alcance de la norma jurídica, y adelantamos que la consideramos siempre necesaria para la aplicación porque, como señala Ramón Badenes Gasset, no hay que confundir la interpretación (que es una actividad que siempre debe realizarse) con la dificultad de la interpretación, que dependerá del caso concreto.

La norma puede presentar un mayor o menor nivel de complejidad interpretativa, pero aun cuando se trate de la aplicación de una norma que regula el caso en forma clara y precisa, la verificación de su significado y alcance, así como la constatación y calificación jurídica del hecho a los fines de la subsunción de este supuesto concreto en el supuesto abstracto de aquélla, es una tarea interpretativa.

Una de las razones más importantes que determinan la necesidad de la interpretación radica en el lenguaje. Las normas legales se expresan, naturalmente, a través de un lenguaje. Su forma de promulgación es a través del lenguaje escrito y, como ya señalamos en otra oportunidad, se lo utiliza para inducir a los destinatarios a comportarse de una determinada manera, es decir, con una función directiva.

El lenguaje está compuesto por símbolos (las palabras) que no tienen una relación necesaria con los objetos a los que ellas refieren, sino que el significado se le asigna a la palabra convencionalmente. Estos no tienen un sentido preciso y cerrado, como los de la geometría o la lógica (signos), por lo que plantean problemas en cuanto a la determinación de su significado como también otros que surgen de las relaciones entre los símbolos en

función del sentido de la oración que éstos forman. A los primeros se los denomina problemas semánticos, a los segundos problemas sintácticos. De ellos y de otras dificultades lingüísticas y lógicas nos ocuparemos enseguida.

El lenguaje que utiliza el legislador para exteriorizar las normas jurídicas es el lenguaje natural, que es el idioma castellano en el que hablamos, por la lógica necesidad de que su contenido sea conocido y comprendido de la mejor forma por sus destinatarios. Pero también utiliza un lenguaje técnico especial que es el lenguaje técnico jurídico, en el que se encuentran términos propios y términos del lenguaje común a los que se les asigna un significado diferente.

A ese conjunto de vocablos o términos que constituyen el lenguaje por el que se expresan las normas jurídicas se lo denomina terminología jurídica. Y, precisamente, del empleo tanto del lenguaje natural como de un lenguaje especial resulta que las normas jurídicas se expresan mediante un vocabulario que contiene:

- Palabras del lenguaje común cuyo significado coincide con el asignado en éste,
- Palabras del lenguaje común pero con un significado diverso y específico, como prenda, competencia, servidumbre, etc.,
- Palabras que son propias del lenguaje jurídico y que no se encuentran en el lenguaje común, como hipoteca, estupro, etc.,
- Palabras, tanto del lenguaje natural como del técnico jurídico, que tienen varios significados que se determinan según el contexto en que el término es empleado, como la palabra «prescripción» que puede ser usada como modo de liberación de obligaciones o de adquisición de derechos por el transcurso del tiempo e incluso como sinónimo de disposición. Otro ejemplo es la palabra «sanción» que puede usarse aludiendo a la consecuencia negativa derivada del incumplimiento normativo, a la técnica de gratificación o sanción premial, o a la aprobación de un proyecto de ley por el órgano legislativo.

A continuación, analizaremos los problemas lingüísticos –tanto semánticos como sintácticos– y los problemas lógicos que plantea la interpretación jurídica.

2. PROBLEMAS LINGÜÍSTICOS

Como claramente refiere Carlos S. Nino, «el significado de las oraciones está determinado por el significado de las palabras que las integran y por el ordenamiento sintáctico de ellas».

Dicha afirmación nos introduce al doble problema que, desde un punto de vista lingüístico, plantea la interpretación de un texto legal, problemas propios del lenguaje en que éste se expresa.

Estos problemas, ya sea por el significado de los términos empleados por el texto legal como por la forma en que éstos se relacionan entre sí, suponen la existencia de dudas acerca del alcance que debe darse a la norma y, en consecuencia, a la posibilidad de incluir el caso concreto en su ámbito de regulación.

Los problemas lingüísticos son, entre otros: las ambigüedades, las imprecisiones y las dificultades en la promulgación de las normas.

2.1. Las ambigüedades

La ambigüedad implica la existencia de varios significados y constituye un defecto del lenguaje que afecta tanto a las palabras como a las oraciones que ellas forman. Ello determina que la ambigüedad puede ser semántica, cuando el texto contiene una palabra que tiene más de un significado, y sintáctica cuando, en virtud del ordenamiento de las palabras, la oración posee varios significados.

Como señalamos, es común que las normas empleen palabras que no tienen un sólo significado sino varios, lo que determina que sea preciso establecer en cuál de los sentidos fue utilizado el término.

Un ejemplo de ambigüedad semántica en el derecho constitucional tenemos en el art. 2 de la Constitución Nacional: «El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano».

El problema se plantea en determinar cuál de los significados que posee el término «sostiene» es el que corresponde en el enunciado dado.

¿Debe entenderse que el Gobierno federal sostiene en el sentido que profesa dicho culto y en consecuencia lo considerará como el único verdadero?; ¿que lo sostiene en el sentido que lo mantiene y, en consecuencia, apoya económicamente?

Como se advierte, las consecuencias de una u otra interpretación serán diferentes: si se opta, por ejemplo, por asignarle el segundo significado –que es la interpretación tradicional– se deberá considerar que el Estado nacional tiene la obligación de asistir económicamente al culto católico.

Con relación al otro tipo de ambigüedad que puede presentarse, ocurre con frecuencia que ciertos textos legales, en virtud de cómo han sido empleados los signos de puntuación o la ordenación de las palabras, dan lugar a equívocos originados en la sintaxis. Por ejemplo, un error sintáctico de ubicación de una simple coma puede variar totalmente el sentido de una norma, siendo necesario, en consecuencia, que el juez realice la actividad de interpretación para eliminar todo posible equívoco que presenten los enunciados normativos.

2.2. Las imprecisiones

La imprecisión o vaguedad es otro defecto del lenguaje que no sólo afecta a los términos sino, lo que es más grave aun, a los conceptos.

Todo concepto puede analizarse en un plano intensional o connotativo o en un plano extensional o denotativo. Así, la intensión de un concepto hace referencia al conjunto de propiedades que lo caracterizan y su extensión al campo de aplicación del mismo. Siguiendo el ejemplo que emplea Atienza, vemos que el concepto de juez en cuanto a su intensión alude, por ejemplo, al funcionario que tiene competencia para aplicar las normas jurídicas, etc., mientras que su extensión se refiere a todos los jueces existentes en el pasado, presente y futuro.

Sobre la base de lo expuesto, podemos atribuir vaguedad intensional a aquellos conceptos cuyas propiedades caracterizantes no pueden enunciarse exhaustivamente, mientras que habrá vaguedad extensional cuando el campo de aplicabilidad de los mismos no se encuentre claramente determinado, situaciones ambas que ocurren muy frecuentemente con los consiguientes problemas de interpretación que traen aparejados.

Pensemos en conceptos jurídicos como culpa grave, fundamentación razonable, velocidad excesiva, gravemente ultrajante, emoción violenta, muy usados en el derecho. O en palabras como pornográfico u obsceno, entre otras empleadas en el Código Penal, cuya connotación y denotación producen generalmente discursos contradictorios por su dependencia de criterios sociales histórica y geográficamente variables.

Generalmente, en los casos de vaguedad, más precisamente en la extensional, suele utilizarse una metáfora ya clásica que implica representarnos un haz de luz que enfoca la situación lingüística conflictiva. Habrá así una zona muy clara, bien iluminada, acerca de la que no existen dudas respecto de los hechos comprendidos en el concepto. Una zona de oscuridad, en la que habrá certeza sobre los supuestos excluidos, pero también una zona de penumbra, en la que se ubican aquellos casos sobre los que existen dudas razonables acerca de si el concepto les es o no aplicable.

Como señala Genaro R. Carrió, todas las palabras son, al menos, potencialmente vagas y esta característica del lenguaje natural ha sido denominada por Waismann la textura abierta del lenguaje, debido a que no podemos describir absolutamente todas las propiedades de un objeto ni disponemos de un criterio que nos permita incluir o excluir todos los casos posibles. Siempre una variable, un matiz, un caso insólito, puede aparecer como no previsto, lo cual es muy lógico porque no tenemos capacidad total de previsión. Se trata de un defecto del lenguaje difícil de superar, que plantea no pocas y graves dificultades al intérprete que debe acotar o delimitar un sentido a la hora de la aplicación del derecho.

2.3. Las dificultades en la promulgación de las normas

Hay casos en los que se advierte que sin dudas el legislador dijo algo distinto de lo que quiso decir en virtud de haber empleado una palabra por otra o por haber incurrido en un error sintáctico que cambia radicalmente el sentido de la oración. Hay también casos menos graves, como los errores de impresión, por haberse, por ejemplo, editado mal el texto.

Se plantea el problema de decidir si se supera el error de redacción y se interpreta la norma según lo que el legislador se propuso decir en realidad o si se respeta el texto legal tal como está. Naturalmente, la primera opción es la aconsejable y es el juez quien debe determinarlo exponiendo las razones que justifiquen la opción.

3. PROBLEMAS LÓGICOS

Mientras los problemas lingüísticos consisten en dificultades que se presentan a la hora de determinar tanto el campo de aplicación de la norma como las consecuencias que se imputan al hecho concreto, los problemas lógicos aparecen una vez que las consecuencias jurídicas han sido deducidas, como las contradicciones entre normas y la redundancia normativa, situaciones que ponen en evidencia una carencia de coherencia del sistema, en el primer caso, o una falta de economía del mismo, en el segundo. Por último, las «lagunas» en la ley pueden considerarse también un defecto lógico, como luego analizaremos.

3.1. Las contradicciones entre normas

Dos normas son contradictorias cuando regulan el mismo supuesto de hecho y le imputan soluciones lógicamente incompatibles.

Es un defecto que afecta a la coherencia en cuanto, como señalamos en otra oportunidad, la misma se mide en función de la presencia de antinomias o conflictos entre normas de este tipo.

Como analizamos en el Capítulo VI, las contradicciones normativas se pueden presentar entre normas que estén en diferente jerarquía, en cuyo caso el conflicto se resuelve mediante la aplicación de la norma superior, o entre normas que se encuentran en una misma jerarquía, en cuyo caso se resuelve conforme al principio cronológico o al principio de especialidad.

También en dicha oportunidad referimos que, sin perjuicio de que estas antinomias pueden ser resueltas apelando a los principios mencionados, puede haber conflicto entre dichos principios o situaciones en las que las

normas contradictorias están en igual jerarquía, son contemporáneas y con el mismo grado de especialidad, en las que no puede operar ninguno de ellos. Norberto Bobbio plantea el criterio subsidiario de la forma de la norma por el cual, en un conflicto entre una norma permisiva y una prohibitiva, se hace prevalecer la que concede una determinada libertad por sobre la que la restringe.

3.2. Las redundancias normativas

Existe redundancia normativa cuando dos normas regulan el mismo supuesto de hecho asignándole idénticas consecuencias jurídicas.

Como se advierte, no presenta demasiados inconvenientes en miras a la aplicación normativa en cuanto el defecto lógico aparece como una reiteración de soluciones iguales para el mismo supuesto.

Como señala Carlos Nino, citando a Ross, la dificultad de la redundancia está, más que en el problema lógico mismo que no presenta graves inconvenientes prácticos, en que los jueces se resisten a admitir que haya normas que regulen en forma reiterada el mismo caso y tienden a otorgarles ámbitos de aplicación autónomos.

3.3. Las lagunas en la ley

Las denominadas «lagunas» también pueden considerarse entre los problemas lógicos en cuanto afectan la completitud del sistema.

Existe una laguna en la ley cuando un caso concreto carece de una norma legal que lo regule.

Tal como lo establece el art. 3 del ccyc, los jueces tienen el deber de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada. No pueden excusarse con el pretexto de la inexistencia de una norma que los prevea.

Como se analizará en el capítulo siguiente, el art. 2 del ccyc establece los mecanismos que debe emplear en estos casos el juez para realizar la integración normativa: recurrir a un caso análogo que está legalmente previsto para asignarle al no previsto la solución establecida para aquél, a disposiciones que surjan de tratados de derechos humanos, y a los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

4. AUTORES DE LA INTERPRETACIÓN

Si bien, como adelantamos, estrictamente el juez no es el único órgano que aplica normas jurídicas, tampoco es el único que las interpreta. Según el sujeto que tiene a su cargo la actividad interpretativa, tradicionalmente se suelen distinguir tres tipos de interpretación: legislativa, doctrinal y judicial.

4.1. La interpretación legislativa

La denominada interpretación legislativa es aquella que realiza el mismo autor de la norma interpretada, razón por la que también se la llama auténtica.

La interpretación auténtica es la que realiza el legislador sancionando una nueva ley por la cual fija el verdadero sentido y alcance de una ley anterior dudosa u oscura a la cual interpreta. A la nueva ley interpretativa se la denomina ley aclaratoria, pues ésta es precisamente su función.

Es necesario que la interpretación sea llevada a cabo por un órgano legislativo del mismo rango que el que emitió la norma interpretada. Así, no se tratará de una interpretación auténtica cuando, por ejemplo, el Congreso Nacional interpreta una norma constitucional, o cuando el Poder Ejecutivo reglamenta una ley emanada del Congreso.

Hay autores, como Legaz Lacambra, que no parecen estar de acuerdo con establecer a este mecanismo como una verdadera interpretación, considerando a la nueva ley, más que una ley aclaratoria, una ley con efectos retroactivos.

Creemos que ante la presencia de una ley de este tipo conviene analizar su contenido, ya que puede suceder que de su texto resulte una modificación de la ley anterior que pretende ser aclarada y, en tal caso, más que una ley aclaratoria, debe ser considerada como una ley nueva, no con efectos retroactivos, sino que será de aplicación a casos que se presenten en el futuro.

4.2. La interpretación doctrinaria

La interpretación doctrinaria, también llamada científica, es aquella que realizan los estudiosos del derecho a través de la cátedra, el libro, la investigación, etc. Si bien la interpretación doctrinaria tiene un importante valor teórico y también práctico por cuanto los estudios científicos son de permanente consulta en la praxis jurídica, ésta no se hace a partir de un caso concreto sino sobre la base de una serie de casos planteados hipotéticamente en miras a una posterior aplicación.

También se suele incluir en este tipo de interpretación a aquella que realizan los abogados en sus escritos, aquí sí sobre un caso concreto; a través de ella el práctico del derecho expresa al juez la interpretación que éste, a

su parecer, debe dar a la norma invocada, interpretación que, desde luego, tiende a obtener la resolución del caso en forma favorable a los intereses de su cliente.

4.3. La interpretación judicial

La interpretación judicial es la que realiza el órgano jurisdiccional, a partir de un caso concreto y real, en miras a la aplicación, con el objeto de verificar el sentido y alcance de la norma por aplicar así como las consecuencias jurídicas que ésta prevé, para determinar si efectivamente el caso está comprendido en su ámbito de regulación y asignarle los efectos jurídicos previstos.

Se ha debatido en la doctrina respecto de cuál es el objeto de la interpretación. El debate se ha planteado en torno del interrogante de si el juez interpreta el enunciado de la norma jurídica o lo que interpreta es el caso concreto a través del esquema configurado por el texto legal. De hecho la interpretación se efectúa tanto respecto de la norma como de los hechos concretos sobre los que el juez también debe hacer una valoración en miras a su subsunción en el esquema normativo.

Esta interpretación judicial tiene la particularidad de ser obligatoria o vinculante, por ser la única que es realizada como instancia necesaria a la aplicación concreta de la norma jurídica al caso. Su obligatoriedad se extiende, considerando a la sentencia aisladamente, sólo a las partes del juicio.

Como ya adelantamos, es esta clase de interpretación la que nos ocupará en la continuación del desarrollo del tema.

5. LOS DIFERENTES RESULTADOS DE LA INTERPRETACIÓN

La interpretación también puede clasificarse en función de los resultados a los que llegue el intérprete en la determinación del alcance o ámbito de aplicación de la norma jurídica.

Se distinguen con este criterio tres clases de interpretación: declarativa, restrictiva y extensiva.

La interpretación declarativa es aquella en virtud de la cual, a partir de analizar el enunciado normativo, el intérprete concluye que el alcance de la norma, es decir, los casos que comprende su regulación, no son más ni menos que los que ella literalmente prevé. También se la llama literal o taxativa porque se realiza en los casos en que, sin ambigüedades ni imprecisiones, los mismos están claramente expresados en el enunciado normativo. Por ejemplo:

Art. 1887 del ccyc: «Son derechos reales en este Código:

- 1) El dominio
- 2) El condominio
- 3) La propiedad horizontal
- 4) Los conjuntos inmobiliarios
- 5) El tiempo compartido
- 6) El cementerio privado
- 7) La superficie
- 8) El usufructo
- 9) El uso
- 10) La habitación
- 11) La servidumbre
- 12) La hipoteca
- 13) La anticresis
- 14) La prenda».

Esta enunciación conceptual, a la que refieren las normas que regulan la materia, es de interpretación estricta o taxativa por cuanto el juez no puede considerar como comprendido en su ámbito de aplicación, con las consecuencias que ello implica, a ningún otro derecho que no esté literalmente enumerado en ella, pese a que deba reconocerse que hay opiniones divergentes al respecto.

Otro ejemplo encontramos también en el Derecho Civil: art. 424 del ccyc: «Nulidad absoluta. Legitimados. Es de nulidad absoluta el matrimonio celebrado con alguno de los impedimentos establecidos en los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 403. La nulidad puede ser demandada por cualquiera de los cónyuges y por los que podían oponerse a la celebración del matrimonio.»

Es otra norma que debe interpretarse en forma literal. No hay más causales de nulidad absoluta del matrimonio que las relacionadas con los incisos enumerados en el art. 403 del ccyc (parentesco, matrimonio, crimen, tener menos de 18 años de edad y/o padecer una alteración de la salud mental que afecte al discernimiento).

También la interpretación estricta alcanza a la segunda parte de la norma, referida a quienes pueden alegar la nulidad del matrimonio.

La interpretación restrictiva es aquella en virtud de la cual el intérprete concluye que los casos a los que alcanza la regulación de la norma son menos de los que comprende su enunciado. Las palabras de la norma sugieren un ámbito de aplicación más amplio que el que comprende su espíritu. El juez entiende que la norma dice más de lo que quiso decir.

Por ejemplo, una norma del reglamento del consorcio de un edificio, que esté enunciada en estos términos: «Prohibido tener animales en el edificio».

Si una vecina del edificio demanda a otra por incumplimiento de dicha regla de consorcio, en virtud de tener en su departamento una pecera con peces, seguramente el juez, haciendo una interpretación restrictiva, fallará en favor de la demandada por entender que la norma quiso establecer la prohibición respecto de animales que causen molestias, no peces que no generan dificultad alguna.

La interpretación extensiva es aquella por la cual se amplía el ámbito de aplicación de la norma comprendiendo en su regulación casos que su enunciado no contempla. La norma dice menos de lo que quiso decir, sus palabras sugieren un alcance más restringido que el que en realidad comprende su espíritu.

Siguiendo con el sencillo ejemplo de las normas de consorcio, veamos la que se expresa de esta forma: «Prohibido tener animales domésticos en el edificio».

Una vecina tiene un mono en su departamento y, siendo demandada por el consorcio, aduce que la norma no se lo prohíbe por entender que el mono no es un animal doméstico. El juez, haciendo una interpretación extensiva, seguramente ampliaría el alcance de la prohibición entendiendo que es del espíritu de la norma prohibir la existencia de animales molestos en el edificio, se trate o no de animales domésticos.

Como ejemplo de interpretación extensiva podemos mencionar el que hemos leído en un trabajo del penalista santafesino Carlos W. Creus, relacionado con la incorporación del e-mail entre los objetos de los delitos previstos en los arts. 153, segunda figura y 155 del Código Penal, que transcribimos a continuación en sus partes pertinentes:

Art. 153, segunda figura, del Código Penal: «Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que... se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado... Se aplicará prisión de un mes a un año, si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito o despacho».

Art. 155 del Código Penal: «El que, hallándose en posesión de una correspondencia no destinada a la publicidad, la hiciere publicar indebidamente, aunque haya sido dirigida a él, será reprimido con multa de..., si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros».

Aparece evidente que es posible extender el texto legal para adecuarlo a su «espíritu», incluyendo en el mismo al moderno sistema de comunicación informática denominado e-mail, el que puede ser objeto de apropiación (para el supuesto de la primera disposición), así como de publicación generadora de posibles perjuicios (en el de la segunda); se evita la atipicidad de hechos comprendidos en la normativa penal, acompañando las transformaciones técnicas sin exceder la significación legal, siendo esta actividad de carácter interpretativo, no un caso de aplicación analógica prohibido en el derecho penal.

6. LA INTENCIÓN SUBJETIVA DEL LEGISLADOR O EL SENTIDO LÓGICO OBJETIVO DE LA NORMA

La cuestión del fin o del objetivo que debe guiar toda interpretación judicial constituye un problema polémico en la doctrina jurídica.

Todo intérprete tiene frente a sí, al momento de realizar la interpretación, una doble opción: buscar la intención del legislador o el sentido objetivo que tiene la norma. Según se decida por una u otra posibilidad se valdrá de determinados métodos y no de otros. Si se entiende que todo método consiste en el camino que debe recorrerse para la consecución de un fin, de la elección del mismo dependerá que dicho objetivo se alcance. La interpretación guiada por la búsqueda de la verdadera intención subjetiva del legislador va a preconizar la adhesión al texto de la norma, a lo que sus palabras dicen literalmente, considerando que el legislador ha empleado correctamente los términos y los signos de puntuación. La norma no es considerada independiente de la voluntad de quien la formuló sino que queda ligada a ella, de allí que el juez en esta opción se valdrá tanto del método gramatical como del lógico, a los que luego referiremos.

Precisamente, dichos criterios interpretativos fueron los propugnados por la Escuela de la Exégesis francesa, doctrina que considera como factor decisivo en la interpretación a la voluntad del legislador. A ella se llega a partir del análisis del significado de las palabras empleadas y de la sintaxis que, se supone, reflejan correctamente su intención; en segundo término, a partir de buscar dicha intención en elementos extraños a la norma, como las discusiones parlamentarias previas a su sanción, las notas del legislador, etc.

Quienes están de acuerdo con la búsqueda de la voluntad del legislador consideran que esta forma de interpretar las normas da estabilidad y certeza al derecho, favoreciendo la seguridad y previsibilidad de las consecuencias jurídicas en virtud de estar el intérprete ajustado a reglas precisas que limitan su discrecionalidad.

Por otra parte, la interpretación guiada por la búsqueda del sentido lógico objetivo de la norma, en cambio, la considera independiente de la voluntad de quien emana, con un sentido propio acorde con las circunstancias del momento de la aplicación, de modo que el significado de una palabra, variable en el tiempo, será tal como se lo entiende en el acto concreto de su interpretación.

Sea que se opte por una u otra vía, el resultado de la inteligencia que se ha de dar a la norma no está librado al arbitrio del juez, ligado al marco legal, sino que tradicionalmente se entiende que debe llevarse a cabo según cánones o criterios que garanticen genéricamente el respeto de la regulación positiva. A continuación nos dedicaremos al análisis de los mismos.

7. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

Como señalamos, se trata de criterios, pautas o guías que orientan al juez en su tarea hermenéutica y serán expuestos como han sido propuestos por las diferentes Escuelas, para luego considerar la cuestión en el derecho argentino.

Advertimos, desde ya, que no se trata de que el intérprete considere aisladamente los diferentes criterios interpretativos y opte por aplicar uno de ellos en la interpretación, sino que todos pueden emplearse en dicha actividad en mayor o menor medida.

7.1. Escuela de la Exégesis

La Escuela de la Exégesis nace en Francia a partir de la sanción del Código Civil de ese país en el año 1804. Triunfantes las ideas de la Revolución Francesa en 1789, se consagran los postulados del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII en el referido «Código de Napoleón». Posteriormente, el pensamiento jurídico se desentiende del derecho natural por considerarse que en su totalidad había quedado plasmado en el código, previendo soluciones para todos los casos que pudieran presentarse.

En consecuencia, el juez no tiene que buscar soluciones fuera de las establecidas oficialmente en la ley; su actividad queda reducida a una tarea casi automática limitada a la búsqueda de la norma aplicable y la extracción de las consecuencias jurídicas en ella previstas, como lo sostuvo Montesquieu en su famosa frase: «Los jueces son la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden debilitar ni la vigencia ni el rigor de ella».

Pero la realidad posterior a la sanción del Código mostró cuán ilusoria era la creencia de la perfección de éste y la necesidad de la labor interpretativa ya no podía negarse, cuando, de hecho, debía permanentemente realizarse. Se buscan, entonces, métodos de interpretación que aseguren la certeza del derecho consagrado legalmente, que den a la ley su verdadera interpretación y circunscriban la esfera de discrecionalidad de los jueces, para limitarlos a la aplicación automática de los textos legales a los casos concretos, sin indagación alguna, fuera de la búsqueda de la voluntad del legislador.

Enunciamos sintéticamente las principales características de la famosa escuela:

- se apega al texto de la ley;
- consagra un derecho estatal-legalista, es decir, todo el derecho es un producto del Estado, dándose una identificación entre el derecho y la ley, negándose todo valor a la costumbre como regulación jurídica;

- sostiene que la creación del derecho positivo es tarea exclusiva del legislador, el juez es un mero aplicador del derecho elaborado por aquél sin hacer ninguna indagación fuera del texto de la ley;
- entiende que la interpretación se reduce a extraer las consecuencias jurídicas previstas y, en caso necesario, indagar la intención del legislador por medio de un análisis gramatical o lógico.

Destaquemos ahora cuáles son los criterios interpretativos propugnados:

- Si la norma es clara, precisa y no ofrece dudas, se la aplicará sin más.
- Si el texto legal es oscuro o impreciso, deberá realizarse una interpretación gramatical para analizar las palabras de la norma y, si no basta el examen gramatical, se deberá practicar una interpretación lógica, por la que se busca descubrir el espíritu de la norma legal.
- Si no existe una norma que regule el caso, se recurrirá a la aplicación de la analogía o los principios generales del derecho.

Interpretación gramatical: es aquella que se funda en las reglas de la gramática y la sintaxis, por la cual se realiza un análisis del significado de las palabras empleadas en el texto legal, la ordenación y coordinación entre éstas, los signos de puntuación, etc., para llegar a descubrir el verdadero sentido de la norma jurídica según la voluntad del legislador.

Este criterio, que atiende exclusivamente al texto de la norma, se fundamenta en la convicción de que el creador de la misma empleó correctamente los términos y que éstos reflejan con exactitud su pensamiento, su voluntad.

Si aún así la cuestión no se resuelve, se deberá realizar una:

Interpretación lógica: se trata de una investigación histórico-psicológica por la que se pretende descubrir el espíritu de la norma desentrañando, por medio del análisis de elementos ajenos al texto, el pensamiento real, psicológico del legislador al momento de crearla.

Ello se busca en la exposición de motivos de la ley, en los textos de discusiones parlamentarias, en las notas del legislador, en los proyectos tenidos en cuenta para la sanción de la ley, en las doctrinas de los autores por él citados, y en todas aquellas circunstancias que precediendo a la aparición de la ley permitan conocer los motivos que indujeron al legislador a su creación.

Como lo adelantamos, los criterios interpretativos de la Escuela de la Exégesis contribuyen, so pretexto de darle estabilidad y certeza, a cristalizar al derecho en el momento de su creación, mediante la búsqueda de la significación que el legislador histórico y real le ha dado a la norma, sin analizar un sentido objetivo independiente de su voluntad.

Precisamente, como reacción a la consideración de la ley como un hecho empírico, aparece la Escuela Histórica que la considera con una significación lógica objetiva, absolutamente independiente del sentido que le haya dado quien la creó, sujeta a su propia evolución, lo que determina que las

soluciones que ésta suministra dependerán siempre de las necesidades del momento en que dicha ley sea aplicada.

7.2. Escuela Histórica

La Escuela Histórica del Derecho nace en Alemania tanto como un movimiento reaccionario contra los excesos racionalistas del iusnaturalismo (que confía incondicionalmente en los enunciados de la razón humana expresados por el legislador), como contra las conclusiones de la Escuela de la Exégesis francesa que considera como el único derecho al emanado de la ley.

Gustavo Hugo (1768-1834) formuló por primera vez los principios de la nueva escuela, pero fue en la primera mitad del siglo XIX que Federico Carlos de Savigny le dio un desarrollo completo.

Savigny considera que la historia es el punto de partida para considerar el origen del derecho positivo. Éste reviste caracteres peculiares en cada pueblo; no es una creación arbitraria del Estado, sino un producto de la historia, un producto del «espíritu del pueblo» (*volksgeist*) que se expresa en forma directa e inmediata a través de la costumbre.

De modo que no sólo la ley es la única manifestación del derecho, sino que tampoco es la más importante ya que al ser la costumbre el medio directo por el cual se manifiesta el espíritu del pueblo, es ésta la manifestación más pura e inmediata para conocer el derecho. El Estado le daría mayor fuerza, concretándola en la ley, que ocuparía un lugar secundario por ser la expresión mediata del derecho surgido originariamente de la conciencia popular.

El legislador, en consecuencia, no interviene como un agente creador del derecho sino más bien como un factor formalizador del derecho existente en los sentimientos de la comunidad. Se concibe, entonces, a la ley no ya como un producto de la voluntad del legislador, sino con una significación lógica objetiva y, por lo tanto, al ordenamiento jurídico como una unidad sistemática que, como tal, se compone de elementos (las normas jurídicas) que se coordinan entre sí de modo que el sentido de una de ellas está determinado en función de su vinculación con las otras que integran el sistema.

Lógico es, entonces, que los criterios de interpretación no se limiten al análisis de las palabras del texto legal o al de la voluntad del legislador, sino a un examen lógico-sistemático mediante procedimientos u operaciones propios de la lógica formal. No se rechaza la indagación sobre la voluntad histórica y real del legislador, sino que se la admite como un elemento que contribuye al conocimiento de la conciencia histórica-cultural del pueblo.

Savigny, por lo tanto, sostiene que en la interpretación de la norma jurídica intervienen cuatro elementos o procedimientos (no los llamó criterios ni métodos) que no deben ser separados ni considerados independientes, sino que todos deben ser conjugados entre sí participando juntos en la

labor hermenéutica. Ellos son los elementos: gramatical, lógico, histórico y sistemático.

- El procedimiento gramatical: establece el sentido preciso de las palabras del texto legal de las que se ha valido el legislador para expresar su pensamiento.
- El procedimiento lógico: consiste en el análisis de los elementos que componen el pensamiento del legislador, acudiendo a sus notas, a los motivos expuestos por él, a los antecedentes parlamentarios, etc.
- El procedimiento histórico: analiza los antecedentes de la ley, la forma en que la regulación de la materia ha evolucionado en el tiempo hasta llegar a la regulación actual, en definitiva, se trata del análisis del derecho derogado que indaga cómo se produjeron los cambios que determinaron el sentido de la ley vigente.
- El procedimiento sistemático: advierte que una norma jurídica, como parte de una unidad superior, posee un sentido no sólo determinado en su consideración aislada, sino también en su conexión con las demás normas, en su interacción recíproca, como parte coherente de ese todo.

También Savigny considera el problema de la ausencia de regulación o lagunas en la ley, planteando su solución mediante el recurso a la analogía como mecanismo de autointegración del ordenamiento jurídico.

Como acertadamente lo reseña Ariel Álvarez Gardiol, el gran aporte de la interpretación propiciada por la Escuela Histórica, particularmente con la innovación de los últimos dos elementos, ha sido no sólo la reconstrucción histórica de la norma y su consideración como integradora de una unidad, sino fundamentalmente el corolario de que la interpretación deja de ser una actividad que se pone en marcha sólo frente a una norma dudosa o imprecisa para ser una tarea necesaria a la aplicación.

7.3. Escuela de la Jurisprudencia de Conceptos

No obstante la reacción al racionalismo por parte del historicismo, precisamente, de los continuadores de la escuela de Savigny, surge un nuevo racionalismo antihistórico que da una excesiva preeminencia a los procedimientos lógicos y a los conceptos jurídicos; se forma así la llamada Escuela de la Jurisprudencia de Conceptos, cuyo máximo exponente fue Bernardo Windscheid, quien fuera uno de los creadores de los dos proyectos del Código Civil alemán.

La actividad interpretativa debe llevarse a cabo, conforme lo entienden sus partidarios, analizando las expresiones lingüísticas utilizadas por el legislador para expresar su pensamiento jurídico conceptual; se hace un análisis y desmenuzamiento de los conceptos contenidos en la norma. Así, se parte

del concepto que es el núcleo de la regulación de la norma, se lo analiza igual que a cada uno de los conceptos implicados en él, y así sucesivamente.

Álvarez Gardiol ejemplifica, a la vez que cuestiona, el funcionamiento de la técnica propuesta:

Por ejemplo, en la compraventa, se trata de un contrato mediante el cual se cede algo por dinero. Interesa, en consecuencia, precisar cuál es la exacta significación de la expresión contrato. Supongamos que respondemos a ello expresando que es un negocio jurídico en el que dos o más declaraciones de voluntad entran entre sí en una cierta relación. Interesará entonces precisar la noción de negocio jurídico. Y si contestamos a ello afirmando que es una declaración de voluntad privada que debe producir un determinado efecto jurídico, deberemos precisar entonces la noción de declaración de voluntad, y luego la de voluntad, y más adelante las distintas relaciones que pueden entablarse a ese respecto, y así en una cadena lógica interminable, que requiere un esfuerzo de precisión lingüística y una estrictez de pensamiento matemático, ya que indudablemente la falla que pueda operarse en cualquiera de las determinaciones intermedias en ese análisis o descomposición de elementos conceptuales, afectará el total de la elaboración o interpretación que a su respecto se realice (Ariel Álvarez Gardiol: Introducción a una teoría general del derecho, Astrea, Buenos Aires, 1975, pág. 182).

7.4. Escuela de la Jurisprudencia de Intereses

La Escuela de la Jurisprudencia de Intereses, con la proclamación del empleo del método teleológico-realista en la interpretación, fue la expresión de las ideas que muchos años antes vislumbrara Rodolfo von Ihering como una reacción contra el excesivo conceptualismo lógico de la jurisprudencia conceptual que él mismo había defendido. La metodología teleológico-realista parte de la idea de que el derecho está orientado hacia determinados fines que, por estar condicionados por necesidades económicas, políticas, históricas, etc., de cada nación, son variables y contingentes. Por lo tanto, el intérprete deberá realizar una observación de la realidad social, determinante de los fines que la regulación jurídica pretende conseguir, muchos de los cuales habrán sido captados por el legislador, quien ha atendido a esos intereses al elaborar el derecho. Ello determina que tanto el fin de éste como la observación de la realidad deberán estar presentes siempre en la actividad interpretativa (y la de elaboración), dado que toda decisión judicial debe tender a satisfacer dichos intereses sociales.

7.5. Escuela de la Libre Investigación Científica

Como reacción a los criterios tradicionales, durante los últimos años del siglo XIX el jurista francés Francisco Geny expuso un sistema de interpretación que coincide con la Escuela de la Exégesis en que la finalidad de la interpretación es descubrir el pensamiento del legislador; pero no debe limitarse al análisis exegético o lógico del texto de la ley, sino que es preciso hacer intervenir otros elementos ajenos a él. Si bien se debe recurrir siempre y en primer término a la ley, por ser la más importante fuente del derecho, no es la única ni puede prever todas las situaciones que puedan presentarse en la realidad; si ésta no alcanza para solucionar el caso concreto, no se la deberá torturar para extraer la solución que no contempla sino recurrir a otros elementos extraños a ella, las otras fuentes. Con ello contrasta con el positivismo legalista que considera como única fuente del derecho a la ley, afirmando que al lado de ella existe una gran producción de derecho que debe ser tenida en cuenta cuando la ley no es suficiente.

También se opone a la doctrina de la Escuela Histórica por cuanto no comparte que las leyes deban independizarse de la voluntad de quien las creó ni que estén sujetas a los cambios de la evolución social, y afirma que para interpretarlas hay que remontarse al momento de su elaboración sin pretender adaptarlas a las circunstancias del momento de su aplicación. Ello, a su criterio, vulneraría la seguridad jurídica, dado que el sentido de las normas legales cambiaría permanentemente a merced de la apreciación que el intérprete hiciera de la realidad social.

En síntesis, el criterio propuesto por Geny consiste en que:

- Si la ley prevé el caso: el juez deberá aplicarla, realizando una interpretación que indague el contenido de la voluntad del legislador al momento de su sanción, conforme dos procedimientos que no deben ser separados sino complementados entre sí: la interpretación gramatical (de la fórmula del texto) y la interpretación lógica (de elementos ajenos a la norma, como los trabajos preparatorios, los antecedentes históricos, etc.).
- Si no existe una ley para el caso, o la existente no es aplicable: el juez deberá recurrir a las otras fuentes formales del derecho que, en su tesis, son: la costumbre, la autoridad (se refiere a la jurisprudencia y doctrina actuales o modernas) y la tradición (la jurisprudencia y doctrina antiguas).
- Si agotado el procedimiento de las fuentes formales, éste no fuera suficiente: el juez deberá recurrir a las fuentes no formales, es decir, a aquellos datos suministrados por la realidad, datos reales (que refieren a las condiciones económicas, políticas, sociales, etc.), datos históricos (que están constituidos por la tradición, ciertas prácticas y usos sociales), datos ideales (que refieren a los fines sociales que el legislador se propuso alcanzar) y datos racionales (constituidos por principios éticos inmutables del derecho natural).

La consideración de todos estos datos debe hacerse siempre por el intérprete para lograr así una solución científica y no puramente ocasional o subjetiva.

La investigación es «científica» por cuanto el intérprete logra el conocimiento de los referidos datos gracias a la ayuda de diferentes ciencias, por ejemplo, la Ciencia Jurídica para los datos ideales, la Historia para los datos históricos, la Economía, la Sociología y otras ciencias sociales para los datos reales; finalmente, por medio de la razón, aprehende los racionales. A su vez, es «libre» por cuanto en la realización de la actividad no está condicionado a ninguna autoridad.

Esta tarea es propiamente una actividad de integración que pretende formular, a partir de la investigación libre y científica de aquellos datos, una norma jurídica en la que se fundará la solución del caso concreto, como si fuese el legislador; por lo tanto puede decirse que el método propuesto por Geny es más que un método interpretativo, tiene valor como un método de integración de la ley en caso de lagunas o inaplicabilidad de la norma que prevé el caso.

La enorme repercusión que tuvo la doctrina de Geny se refleja en la disposición de la norma del art. 1º del Código Civil suizo que establece que: «La ley rige todas las materias a las cuales se refiere la letra o el espíritu de una de sus disposiciones. En todos los casos no previstos por la ley el juez decidirá según la costumbre y, en defecto de ésta, según las reglas que establecería si tuviere que obrar como legislador. Se inspirará para ello en la doctrina y jurisprudencia más autorizada».

Concluida esta sintética consideración del pensamiento interpretativo del siglo XIX –que pone en evidencia una singular postura intelectualista– y acercándonos a la actualidad, merecen un tratamiento especial dos doctrinas contemporáneas de gran originalidad que han tenido una enorme repercusión, nos referimos a las tesis de Hans Kelsen y Ronald Dworkin, que pasaremos a analizar a continuación.

8. EL ACTO DE VOLUNTAD PARA OPTAR ENTRE UN MARCO DE POSIBILIDADES

La Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen ha tenido una extraordinaria influencia también en lo que respecta al problema de la interpretación. El nombrado autor descalifica los procedimientos interpretativos basados en la utilización de criterios o métodos a través de los cuales podría alcanzarse una única solución «correcta» al caso; destaca, en su lugar, el acto volitivo que debe realizar el órgano de aplicación, consistente en una elección entre las

diversas posibilidades de aplicación que la interpretación cognoscitiva pone de manifiesto.

Kelsen define la interpretación como «un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior». Toda norma debe ser interpretada para ser aplicada, es decir, tiene que establecerse un sentido, y si cuando se aplica una norma superior se produce al mismo tiempo una norma inferior, se requerirá interpretación normativa en todas las gradas del ordenamiento jurídico. En consecuencia, no sólo necesita interpretar el órgano jurisdiccional al aplicar la ley que produce una norma jurídica nueva que es la sentencia, sino también lo hace el Congreso cuando sanciona la ley que aplica la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo cuando dicta un reglamento que explicita el texto de la ley, etc., lo que determina que puede distinguirse la interpretación efectuada:

- Por un órgano jurídico de aplicación: todo órgano que deba aplicar normas jurídicas, por ejemplo, el Congreso, los tribunales, etc. Esta interpretación conduce siempre a la producción normativa y la denomina interpretación auténtica. En estos casos siempre hay creación normativa tanto de carácter general, cuando una interpretación está contenida en una ley, como individual, como ocurre cuando el órgano aplicador del derecho decide un caso concreto y produce una norma individual.
- Por una autoridad diferente de un órgano de aplicación: por una persona privada, como los doctrinarios, los abogados, los particulares, sin que esté encaminada a la generación normativa, llamada interpretación no auténtica.

En la concepción kelseniana, la norma de grada superior que ha de ser aplicada determina el procedimiento por el que se establece la inferior, o regula el acto de ejecución y, a veces, el contenido de ambos, pero no de una manera completa, sino dejando un margen más o menos amplio de apreciación. Es decir, la relación entre la norma superior y la inferior puede verse como una relación de determinación de la primera que ha de ser aplicada por el órgano competente para hacerlo, mediante el procedimiento establecido y respetando ciertos límites de contenido; pero, dado que dicha determinación es siempre incompleta (porque no puede regular en todos sus detalles la forma en que debe ser aplicada), ésta –la norma superior– se presenta como un marco de posibilidades de aplicación.

Kelsen refiere que la indeterminación puede ser:

- Intencional: cuando el órgano que la creó voluntariamente se abstiene de determinar ciertos puntos, los que serán completados en el proceso de determinación del derecho propio de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo, cuando el art. 79 del Código Penal establece que el homicidio será reprimido con «prisión de ocho a veinticinco años».

- No intencional: cuando no es consecuencia de la forma de ser de la norma aplicable sino de su texto, por ejemplo, cuando en el enunciado normativo se emplean palabras o frases imprecisas o ambiguas. También se trata de una indeterminación involuntaria cuando se puede pensar que existe discrepancia entre el sentido gramatical del texto y la voluntad de su autor.

Sea la indeterminación intencional o no intencional, toda norma ofrece varias posibilidades de interpretación, por lo tanto, también varias posibilidades de aplicación.

La actividad interpretativa no trata de alcanzar el único sentido correcto que se le puede dar a la norma por aplicar, sino determinar las diferentes posibilidades de interpretación de la norma, las diferentes posibilidades de llenar el marco que ella constituye. Es éste el fin de la interpretación. De las diferentes alternativas verificadas por el intérprete, sólo una será elegida y se convertirá en derecho positivo para el caso concreto.

La actividad interpretativa aparece como una combinación de un acto cognoscitivo (la búsqueda y comprobación de las diferentes posibilidades para completar los puntos que la norma ha dejado indeterminados) y de un acto volitivo (por el que se elige una de esas posibilidades comprendidas en el marco de la norma superior).

En síntesis, y como claramente Kelsen lo refiere:

el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible. Si por interpretación se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales –en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse– tienen el mismo valor, aunque sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, en el acto del tribunal. Que una sentencia judicial esté fundada en ley no significa, en verdad, sino que se mantiene dentro del marco que la ley despliega; sino que es una de las normas individuales –y no la norma individual– que pueden ser producidas dentro del marco ofrecido por la norma general (Kelsen, Hans: Teoría pura del derecho, traducción del original en alemán de Roberto J. Vernengo, Sexta reimpresión, México, UNAM, Porrúa, 1991, págs. 351 y 352).

9. LA DOCTRINA DE LA RESPUESTA CORRECTA

En su principal obra, *Taking Rights Seriously (Los derechos en serio)*, 1984, Ronald Dworkin construye una Teoría del Derecho en la cual, como fue estudiado en el Capítulo IV, concibe al derecho integrado no sólo por normas sino también, y principalmente, por principios; estos últimos son:

- Las directrices políticas, aquellos estándares que establecen objetivos, metas o propósitos sociales, económicos, políticos, etc., que se aspira alcanzar;
- Los principios en sentido estricto, aquellos estándares que establecen ciertas exigencias de justicia, equidad o moralidad objetiva.

Desde luego, la tesis de que el derecho está integrado por normas, directrices y principios tiene importantes consecuencias para el problema de la aplicación del derecho, dado que estos dos últimos, pese a no ser demostrables del mismo modo que las normas, son obligatorios para el juez.

Ronald Dworkin se dedica especialmente a la labor que desempeña el juez en la adjudicación de derechos y deberes, particularmente en los «casos difíciles», y centra su preocupación en el conflicto judicial y en cómo debe el juez elaborar y justificar la decisión que lo solucione. Formula, respecto de este problema, la Teoría Hercúlea de la Adjudicación.

El punto de partida de dicha teoría consiste en que en el derecho existe un material de normas legales establecidas y de principios que el juez debe descubrir para alcanzar la respuesta correcta para el caso planteado. Tales principios no son solamente inferidos de las normas positivizadas sino fundamentalmente están presupuestos por todo el ordenamiento jurídico.

Dworkin recurre a la figura del juez modelo Hércules, juez filósofo dotado de habilidad, erudición y sapiencia sobrehumanas que debe descubrir, analizar y ordenar coherentemente todo ese material compuesto por normas, directrices y principios, para elaborar una teoría omnicomprendiva del derecho en el marco de la cual justificará las decisiones del pasado como las que está dispuesto a tomar en el futuro en hipotéticas circunstancias.

Esta obra de magnitud, que debe elaborar el juez, constituye un esquema en el cual encontrarán justificación coherente también todos los precedentes judiciales, así como las disposiciones explícitas constitucionales y legales.

En el marco de la teoría elaborada por el juez Hércules es posible hallar la única respuesta correcta que existe para todo caso dado, de modo que lo correcto decidido por el mismo no lo es porque él lo crea, sino que lo es objetivamente.

Con todo ese material de principios abstractos y concretos de que dispone «Hércules», es posible descubrir la respuesta correcta para el caso que se presente; de ello se deduce que Dworkin no comparte la discrecionalidad judicial, porque la incorporación de ese material al sistema jurídico incre-

menta la capacidad de respuesta de éste y, como él mismo lo dice: «Sólo una visión del derecho que lo identifique con las normas puede mantener la tesis de la discrecionalidad judicial».

La preocupación de Dworkin, por tomar seriamente los derechos de las personas, radica en que advierte que, en los casos difíciles, el juez debe decidir reconociendo o negando el derecho a una de las partes, basándose en argumentos de principio que garantizan ese derecho, mas no limitándose a reglas positivas que explicitan los derechos de las personas, ya que éstas, en todo caso, tienen una función condicionada a la compatibilidad con aquéllos.

En síntesis, la tesis de la interpretación para la adjudicación de derechos y deberes de Ronald Dworkin es consecuencia de entender al derecho compuesto por normas y principios abstractos y concretos. Desde luego, la interpretación del derecho se hará sobre ese material disponible, el que deberá ser descubierto, ordenado y explicado coherentemente por el juez modelo en una teoría en el marco de la cual hallará la única respuesta correcta para el caso por resolver. Dicho esquema de principios sirve como justificación coherente tanto del ordenamiento jurídico como de las decisiones jurídicas, pasadas y futuras.

La Teoría Hercúlea de la Adjudicación es el modelo de razonamiento jurídico que propone Dworkin cuyo resultado será el hallazgo de la respuesta correcta, de modo que la decisión judicial por la cual se da solución al caso concreto no consiste, como en la tesis de Kelsen, en la elección de una de las diversas posibilidades de aplicación, en un acto de voluntad, sino que consiste en la búsqueda y el descubrimiento de la única respuesta correcta posible.

Sin entrar en el análisis de las diferentes críticas que se le han formulado a la tesis de Dworkin, haremos sólo una reflexión sobre el siguiente interrogante:

9.1. ¿Existe siempre una única respuesta correcta para cada caso dado?

Manuel Atienza, en su obra *Tras la Justicia*, reseña las críticas que por parte de MacCormick y Alexy se han formulado a la tesis de la única respuesta correcta.

Uno de los críticos, Neil MacCormick, plantea la posibilidad de que para un caso dado exista más de una solución correcta, por ejemplo, cuando existe colisión entre valores o entre dos derechos fundamentales de la persona, las dos respuestas que consideren a un valor o un derecho fundamental por sobre el otro pueden ser correctas dado que, sostiene el autor, los conflictos entre valores no pueden resolverse racionalmente.

Otra de las críticas, esta vez más moderada, es la que efectúa Robert Alexy, quien sostiene que aunque la respuesta correcta no exista, el juez debe presuponer que la solución que él ha tomado y defiende es la única correcta, lo que determina que, exista o no una respuesta correcta, ésta funciona como una

idea regulativa de la argumentación jurídica. Desde otra perspectiva similar, también Aarnio se suma a la crítica.

Manuel Atienza reflexiona, a partir de la referencia precedente, sobre la racionalidad en la solución de problemas como el planteado. Admite que la racionalidad práctica, entendida tanto en un sentido instrumental (la razón que establece o sugiere los medios para alcanzar ciertos fines) como ético (dichos fines también son objeto de deliberación racional), tiene un carácter limitado aunque no estrecho, pero que igualmente no alcanza para la solución de los problemas: ¿con qué criterio se elige una de las posibles respuestas correctas?, ¿qué decisión se debe tomar, de varias posibles, frente a un caso difícil?

Además de contar con las virtudes de la razón práctica, el juez cuenta con un elemento emocional, ciertas cualidades como el buen juicio, la perspicacia, la prudencia, el sentido de justicia, de humanidad, compasión, valentía, etc., que no están separadas de las virtudes de racionalidad sino que guardan algún tipo de relación interna, de modo que una necesita de la otra y viceversa. La razón, por ser un medio para la satisfacción de deseos o necesidades, necesita de las pasiones así como las emociones están sometidas a parámetros racionales a partir de los cuales se puede calificar a una cierta pasión como racional o irracional.

En síntesis, y como concluye el autor español su reflexión:

En definitiva, lo emocional pudiera ser no sólo un elemento a añadir a lo racional, sino un componente de la propia racionalidad: las pasiones –las buenas pasiones– parecen ser la mejor guía para la razón (Manuel Atienza: *Tras la Justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 1º edición, 3º reimpresión, 1993, pág. 141).

Tal como se ha entendido la racionalidad judicial, y siguiendo con las conclusiones de Atienza, dicha noción presenta un carácter básicamente unitario, es decir, es común a los diferentes momentos del proceso del derecho, por ejemplo, la legislación y la jurisdicción, la producción y la aplicación. Pero:

Algo que distingue a la actividad del jurista –teórico o práctico– con respecto a los otros técnicos sociales es, precisamente, el lugar destacado que los juicios de valor ocupan en la elaboración y el análisis del Derecho, lo que no tiene por qué resultar extraño. Como ocurre con los legisladores, con los jueces y con el resto de los operadores jurídicos, el horizonte del jurista teórico no se cierra con el Derecho Positivo. El Derecho vigente no es más –ni menos– que la senda que el jurista ha de recorrer tras la justicia (Manuel Atienza: *op. cit.*, pág. 248).

10. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

Después de haber analizado las diferentes pautas o criterios de interpretación que las principales doctrinas han propuesto, así como las interesantes posiciones de relevantes autores contemporáneos, veamos la cuestión en el derecho argentino.

En el art. 2 del ccyc, el legislador establece los criterios con los que el órgano aplicador deberá hacer la interpretación de las normas: «La ley debe ser interpretada 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 análisis de las palabras de la norma, en su aspecto semántico y sintáctico, constituye una indagación gramatical del texto legal, generalmente mediante el empleo de diccionarios, estudio de los usos del lenguaje, de sus reglas, etc., a fin de alcanzar una coherente significación de palabras y textos normativos. Históricamente el objeto perseguido era conocer la intención del legislador. En el derogado Código Civil, en su art. 16, primera parte, además de la referencia a las palabras se incluía también la mención del denominado «espíritu de la ley», poniéndose de resalto la adhesión de nuestro legislador a los criterios propuestos en el siglo XIX por la Escuela de la Exégesis, cuyos principales postulados ya hemos señalado.

El código vigente además del criterio gramatical o literal, al incorporar las finalidades de la ley sustituye aquella referencia al ambiguo «espíritu» por el método teleológico o finalista, incluyendo también al método analógico. No se trata ya de la búsqueda de la voluntad del legislador sino de propósitos normativos que es necesario objetivar para lograr una adecuada interpretación de un texto legal. Esta actividad, que refiere a las pautas clásicas en la materia, se debe complementar con el análisis de los principios y valores jurídicos pertinentes, respetando la coherencia respecto a la totalidad del sistema jurídico, todo ello en consonancia con los principios rectores incorporados a la Constitución Nacional y Tratados sobre derechos humanos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido, en numerosas oportunidades, respecto de las pautas orientadoras de la interpretación normativa. Transcribimos a continuación citas, en la parte pertinente, de dos fallos que contienen importantes conclusiones sobre la interpretación:

El quid del problema reside entonces en optar por una interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley que se desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos o por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y los derechos constitucionales y el logro de los resultados concretos jurídicamente valiosos.

la misión judicial [...] no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la ratio legis y del espíritu de la norma; ello así por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial.

No se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no cabe prescindir, por cierto, de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere.

La hermenéutica de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico... (SAGUIR y DIB, Claudia Graciela S/ Autorización», de fecha 6 de noviembre de 1980).

Se debe buscar en todo tiempo una valiosa interpretación de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas, pudiéndose arbitrar otras de mérito opuesto, no resulta compatible con el fin común de la tarea legislativa como de la judicial.

la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación la norma debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en aquellas. (VERA BARROS, Rita Esther C/ ESTADO NACIONAL (Armada Argentina, Dirección General de Personal Naval) S/ Beneficio de Pensión», de fecha 14 de diciembre de 1993).

10.1. La interpretación constitucional

La interpretación constitucional tiene gran importancia debido a que de la Constitución Nacional depende la validez de las restantes normas del ordenamiento jurídico; de allí que el sentido que se le otorgue a sus disposiciones conformará los criterios de validez, tanto formal como material, que permitirán valorar las normas inferiores del sistema.

La interpretación de la Constitución reviste un carácter especial por la diferente estructura que presentan sus enunciados, muchos de ellos expresados en forma de principios, algunos marcadamente generales, que en algunos casos puede dejar paso a considerarlos como de contenido indeterminado, situación en la que podría darse una excesiva discrecionalidad interpretativa por parte del intérprete.

Dado que la Constitución regula la estructura jurídico-política de la sociedad, es posible que, ocasionalmente, la valoración deba exceder el ámbito de lo jurídico para internarse en el terreno político, circunstancia en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, intérprete último de la Constitución, debe proceder con suma prudencia para evitar que por vía de la actividad interpretativa se consagren soluciones injustas que favorezcan los intereses de quienes detentan el poder, como ha ocurrido en casos donde la comunidad se ha pronunciado resistiendo el contenido de ciertos fallos.

En razón de que las disposiciones constitucionales se ubican en la grada jerárquica más alta del ordenamiento jurídico, no es posible, a veces, atribuirles sentido en función del significado acordado a otras normas de inferior jerarquía. No obstante ello, la decisión interpretativa de una norma constitucional debe justificarse teniendo como referencia la totalidad del sistema jurídico y los valores que lo informan.

Como la Constitución es derecho escrito, la propia Corte Suprema de Justicia ha admitido la utilización de los tradicionales cánones de interpretación, con preeminencia de lo histórico sobre lo literal, así como el dinamismo que consulte la evolución de la realidad. Tarea interpretativa que se integra con la necesaria ponderación o balanceo de los valores que suelen contraponerse en determinados casos, con la mirada puesta en el bienestar general o bien común.

Cabe agregar que en el derecho argentino, en materia interpretativa, opera en forma práctica la equiparación constitucional de ciertos tratados internacionales, prevista en el art. 75 inc. 22 de nuestra carta magna, que transcribimos en su parte pertinente:

Art. 75 de la Constitución Nacional: «Corresponde al Congreso: ...

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional».

Lo preceptuado en el párrafo anterior se registró con motivo de la sanción el 30 de abril de 1997 de la Ley 24.820, publicada en el Boletín Oficial el 29 de mayo del mismo año, que otorgó jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional a la «Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas», adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (O. E. A.), que ya había sido aprobada por el Congreso Nacional mediante Ley 24.556, sancionada el 13 de setiembre de 1995.

También la Ley 25.778, sancionada el 20 de agosto de 2003, otorgó jerarquía constitucional a la «Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad», adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968, que fuera aprobada por el Congreso Nacional por Ley 24.584.

Por ley 27.044, promulgada el 11 de diciembre de 2014, ha sido otorgada jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la CN a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 13 de diciembre de 2006.

En consecuencia, en la actualidad, en la jerarquía constitucional prevista en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional hay incluidos catorce tratados internacionales sobre derechos humanos, once están mencionados en dicho texto constitucional y los tres restantes recibieron tal categoría mediante las leyes citadas.

Los demás tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por nuestro país que no forman parte de esos catorce, tienen jerarquía infraconstitucional y suprallegal prevista por el mismo art. 75 inc. 22 para todos los tratados internacionales.

La Ley 26.379, sancionada el 21 de mayo de 2008 y publicada en el Boletín Oficial el 12 de Junio del mismo año, aprobó el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la abolición de la pena de muerte, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 8 de Junio de 1990 en Asunción, República del Paraguay.

Asimismo, es interesante transcribir el primer párrafo del art. 75, inc. 24, de la Constitución Nacional, que prevé los tratados de integración y la mayor jerarquía con relación a la legislación común de las normas (disposiciones, resoluciones, etc.) que en su consecuencia se dicten por parte del organismo supraestatal de integración competente.

«Corresponde al Congreso [...]

24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.» .

Sin duda, la interpretación constitucional en nuestro país se enriquece con la que pueda efectuarse a las normas internacionales incorporadas a nuestro derecho superior, así como con las interpretaciones que los órganos internacionales asignan a las mismas en la decisión de los casos sometidos a su juzgamiento.

11. NEOCONSTITUCIONALISMO

Con el término neoconstitucionalismo se hace referencia en la teoría jurídica actual al pensamiento de diversos autores cuyas ideas se difundieron principalmente con posterioridad a las sanciones de las Constituciones europeas de la segunda posguerra en países como Italia (1947), Alemania (1949) y España (1978).

Dichas Constituciones introdujeron en sus textos formulaciones de valores como la justicia, la libertad, la igualdad, basados en la dignidad del hombre y en su autonomía personal. Asimismo instauraron órganos, comúnmente denominados Tribunales Constitucionales, destinados a interpretar la Constitución, impedir cualquier desviación y controlar la constitucionalidad de las leyes. Dichos tribunales, con el paso del tiempo y la realización de sus prácticas, fueron creando doctrina constitucional y enriqueciendo la teoría jurídica, perfilando los límites infranqueables de la constitución en relación al poder del Estado y en protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La Constitución se mantiene como ley suprema pero no ya como un texto programático u orientador sino como un conjunto de preceptos inmediatamente operativos, esto es, directamente aplicables, que pueden desplazar a la ley cuando se trata de tutelar los derechos fundamentales o defender los valores o principios que informan la Constitución.

Fue generándose así una innovadora concepción que produce un cambio desde el Estado «legalista» (donde la ley era central) al Estado «constitucional», que implica someter las reglas legales a los criterios de moralidad y justicia contenidos en la Constitución. Esta actividad de control que, como ya señalamos, limita el poder del Estado al mismo tiempo que tutela los derechos fundamentales, ha sido confiada por las mismas Constituciones a Tribunales Constitucionales u órganos del Poder Judicial, como ocurre en nuestro país, que resuelven controversias jurídicas sobre la base de criterios de ponderación de principios y valores en conflicto que lejos de la mera subsunción normativa necesariamente remiten a consideraciones de carácter moral para justificar sus decisiones.

Las versiones más conocidas de este nuevo modelo constitucional son las de R. Alexy, L. Ferrajoli, G. Zagrebelsky y R. Dworkin, entre otros, cada una de ellas con sus propios puntos de vista. Han concitado la atención de juristas especialistas en derecho constitucional y teoría jurídica, filósofos del derecho y politicólogos, suscitándose discusiones muy interesantes para determinar si el neoconstitucionalismo es compatible con el positivismo jurídico y/o se trata de una nueva forma de iusnaturalismo (neoiusnaturalismo), produciéndose análisis teóricos, metodológicos e ideológicos, cuya dilucidación no puede considerarse agotada, referidos, entre otros temas, a las fuentes del derecho, los principios jurídicos, la interpretación jurídica, el papel del legislador en la producción normativa y el del juez en los procesos de aplicación, y la existencia de una ciencia jurídica ya no neutral sino que pone en tela de juicio la separación entre derecho y moral, a partir de la omnipresencia constitucional en el sistema jurídico y los contenidos morales recogidos en las constituciones más modernas.

Nuestro país, sobre todo desde la reforma constitucional de 1994, con la profunda y decidida recepción de los tratados internacionales sobre derechos humanos, a la que ya nos hemos referido, no escapa al impacto de los mecanismos normativos e institucionales incorporados, siendo pertinente su análisis a la luz de las concepciones neoconstitucionales mencionadas, tanto desde sus diversos enfoques teóricos como de su desarrollo en la práctica jurídica en la que la interpretación constitucional desempeña un valor concluyente.

11 Integración del Derecho

1. CONCEPTO

1.1. Precisiones terminológicas

Ya hemos referido que es función propia del órgano jurisdiccional aplicar el derecho a los casos concretos desplegando para ello diferentes actividades de las que nos hemos ocupado en el Capítulo IX, como la determinación de los hechos y la norma aplicable, la determinación de la vigencia y el ámbito espacial de aplicación de la norma, la interpretación y la integración.

Esta última constituye una de las operaciones que, en ocasiones, es necesario realizar en el proceso de aplicación del derecho. A diferencia de las restantes que deben desplegarse en todo caso, ésta sólo será necesaria cuando el juez carezca de una norma adecuada para la regulación del caso concreto y el hecho no pueda ser subsumido en un género normativo específico. La integración se realiza, precisamente, con el fin de colmar dicho vacío.

A este problema de ausencia de regulación de un caso dado la doctrina lo ha denominado «lagunas de la ley» o «lagunas del derecho», terminología sobre la que conviene hacer una aclaración. Podría pensarse que es posible distinguir entre lagunas de la ley y lagunas del derecho. Las primeras serían aquellos vacíos de regulación legal respecto de un caso determinado, mientras que en las segundas, el vacío se daría no sólo en el derecho legislado sino en todo el ordenamiento jurídico, es decir, el caso concreto no estaría previsto en ninguna de las formas de producción normativa del sistema.

Sin embargo, si el órgano judicial es el encargado de colmar el vacío, dado que es una autoridad productora de normas jurídicas, parece inapropiada la denominación «lagunas del derecho», precisamente porque el silencio existente en la ley es solucionado dentro del derecho. Si el vacío se diera en el derecho, como sugiere esa terminología, no podría subsanarse sino acudiendo a elementos ajenos a él. Sólo podría admitirse la expresión que objetamos si la palabra «derecho» se empleara en el sentido de «derecho legislado», de allí que resulte más apropiada la denominación «lagunas de la ley».

2. EL DOGMA DE LA PLENITUD HERMÉTICA DEL DERECHO

En el Capítulo VI atribuimos al ordenamiento jurídico la característica de integridad, que se da cuando, para todo caso que se presente, se dispone de una norma jurídica que lo regula. Dado que la integridad, tomada como sinónimo de plenitud, consiste en la propiedad por la cual un sistema jurídico tiene solución normativa para cada caso, se ha sostenido la ausencia de lagunas. Sin embargo, el dogma de la plenitud está prácticamente superado sobre todo en ordenamientos jurídicos como el nuestro en que el legislador reconoce la presencia de vacíos y proporciona procedimientos para eliminarlos.

Analizaremos algunas posiciones relevantes sobre el tema.

2.1. La doctrina de la Escuela de la Exégesis

El dogma de la plenitud hermética del derecho surge con posterioridad a la sanción del Código Civil Francés (1804), con la Escuela de la Exégesis, como corolario de la concepción estatal y legalista del derecho. La idea de un ordenamiento pleno y completo emanado del Estado es, más que una realidad, una necesidad de asegurar la estabilidad de aquellos postulados revolucionarios establecidos legalmente.

La consagración del Estado como único productor de normas jurídicas, la ley como única expresión del derecho y, en consecuencia, única fuente de aplicación por parte de los jueces, constituyen las características principales de la concepción de la exégesis francesa, correlativas a las ideas de inexistencia de lagunas en la ley y de plenitud de la actividad de codificación.

En esta postura, el legislador aparece omnipotente –capaz de redactar un código perfecto, donde se hallen todas las situaciones posibles–, y el juez se limitaría a reproducir mecánicamente lo previsto en términos generales y abstractos. Propósito que resultó una vana ilusión porque enseguida la práctica demostró el error de tan extrema posición.

2.2. La doctrina de Hans Kelsen

Desde una dirección diferente, Hans Kelsen llega a la misma conclusión de la ausencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, rechazando que pueda afirmarse que en el derecho válido existan casos que no puedan resolverse conforme una norma general aplicable. La perspectiva de Kelsen respecto de las lagunas, puede decirse, es una consecuencia de la metodología interpretativa por él desarrollada.

En la *Teoría Pura del Derecho*, el autor distingue lagunas lógicas, lagunas técnicas y lagunas axiológicas. Las primeras son aquellas en las que, en un

caso concreto dado, ninguna norma jurídica del sistema establece la conducta debida. Tales lagunas no existen en virtud del llamado «Principio de Clausura», que funciona como una regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido. Como Kelsen lo destaca, se trata de un principio fundamental que «garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto una doble obligación de no impedir a otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido».

Partiendo de esta afirmación, el derecho vigente es siempre aplicable, puesto que cuando una conducta no está prevista por alguna norma del ordenamiento jurídico, no significa que carezca de calificación jurídica y que, por lo tanto, exista una laguna, sino que debe considerarse como una conducta permitida por no haber sido expresamente prohibida. La crítica más importante que se ha formulado a Kelsen respecto del Principio de Clausura es que éste consiste en una tautología. Si por permitido se entiende aquello que no está prohibido, el enunciado podrá formularse: Todo lo que no está prohibido no está prohibido.

Las lagunas axiológicas son aquellas en las que, no obstante existir una norma jurídica que regula el caso, el juzgador considera que la decisión lógica, que resulta de la aplicación de dicha norma, es tan inoportuna o injusta, que se inclina por pensar que el legislador, al hacer la previsión general, no ha comprendido ese caso concreto, puesto que de haberlo tenido en cuenta hubiera adoptado una decisión diferente de la que resulta de la aplicación del derecho según la fórmula legal existente. Es decir, el juzgador efectúa un juicio de valor con respecto a la norma y su relación con el caso concreto, del que resulta que es mala o injusta su aplicación al caso, por lo que la desestima y resuelve como si la norma no existiera. Este tipo de lagunas se detecta y genera por el propio órgano aplicador, a partir de una valoración, que puede eventualmente estimarse irrelevante por cuanto, como señala Kelsen, el derecho debe ser aplicado aun con prescindencia de esa valoración. Incluso, una solución que es injusta para un juez puede no serlo para otro.

En último término, las lagunas técnicas son aquellas que surgen cuando el legislador ha omitido regular un aspecto en la ley que se estima indispensable para su aplicación técnica. Tales situaciones no son lagunas, sino que se dan por cierta indeterminación que resulta del hecho de ser la norma un marco de posibilidades entre las que puede realizarse la aplicación. Por tanto, pueden ser subsanadas por vía de interpretación. Kelsen pone el ejemplo de una ley que prescribe la elección de un órgano sin señalar el procedimiento mediante el cual esa elección debe llevarse a cabo, por mayorías o por otra proporción, por voto público o secreto, etc., quedando el mismo librado al arbitrio del órgano encargado de la elección, que optará por alguna de estas posibilidades.

En síntesis, las pretendidas lagunas del ordenamiento jurídico no existen por cuanto «el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio».

2.3. La doctrina de Giorgio del Vecchio

El autor italiano sostiene que en el orden jurídico no hay lagunas, sencillamente porque hay jueces. Cuando una cuestión de hecho no está prevista legalmente, son los jueces los encargados de solucionar el vacío conforme determinados remedios jurídicos de que siempre disponen.

Alchourrón y Bulygin descalifican tal postura afirmando que «es tan irrazonable como decir que los pantalones no pueden tener agujeros porque siempre hay sastres que los remienden». El hecho de que frente a determinado problema se pueda acudir a ciertos remedios para solucionarlo no es una razón que determine su inexistencia. La posibilidad de que la dificultad pueda ser subsanada, que un sistema jurídico incompleto pueda ser completado por el órgano y por procedimientos adecuados, no equivale a que el mismo sea pleno e íntegro.

2.4. La integridad como propósito del legislador

Conviene destacar para concluir que, si bien la integridad no puede constituir un dogma en virtud de ser las lagunas la incuestionable consecuencia de las naturales limitaciones de la condición humana –que impiden al legislador la previsión de todas las circunstancias futuras que puedan presentarse debido al continuo desarrollo de la realidad social–, debe ser un propósito a alcanzar por el legislador que tratará de acompañar con el derecho aquella evolución, procurando disminuir la cantidad de casos sin regulación.

Como es fácil advertir, el debate sobre la admisión de la existencia o no de lagunas en el ordenamiento jurídico parece tener mayor trascendencia en aquellos sistemas en los que existe una regla que prescribe la exigencia de que el juez debe expedirse en todo caso sobre la base de una norma del sistema, sin posibilidad de excusarse de hacerlo en razón de la inexistencia de ésta. Según lo entiende Norberto Bobbio, en estos sistemas el dogma de la plenitud está expresamente consagrado, dado que «la norma que prescribe la obligación del juez de juzgar en todo caso en base a una norma perteneciente al sistema, no se podría exigir si no se presupone que el sistema es completo».

En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 3 del Código Civil y Comercial dispone: «El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada».

Si bien se establece la obligación del juez de expedirse en todo caso, el propio sistema del Título Preliminar del mencionado digesto (arts. 1 a 18) impide desconocer que puedan existir lagunas en la legislación, por cuanto de los referidos enunciados es posible inferir que el mismo legislador lo reconoce, estableciendo las pautas o mecanismos de los que debe valerse

el juez para subsanar el vacío legal, vinculadas con las fuentes del derecho y los criterios interpretativos previstos en los art. 1 y 2 del Código Civil y Comercial. De allí que en el derecho argentino el debate sobre la integridad del sistema carece de relevancia.

En el derecho comparado, con una extrema amplitud y confiando al juez una mayor flexibilidad, se ubica el ya citado art. 1º del Código Civil suizo que da libertad al aplicador de decidir según la regla que él establecería si fuese legislador.

3. LAS LAGUNAS DE LA LEY

En la concepción de Alchourrón y Bulygin, «un cierto caso constituye una laguna de un determinado sistema normativo, cuando ese sistema no correlaciona el caso con alguna calificación normativa de determinada conducta».

Existe una laguna cuando un determinado caso concreto no puede subsumirse en los géneros normativos legales del sistema.

Por su parte, Norberto Bobbio efectúa una distinción de las lagunas legales en subjetivas y objetivas, teniendo en cuenta los motivos que las originan.

Las lagunas subjetivas son aquellas que se originan por algún motivo imputable al legislador y, a su vez, pueden distinguirse en:

- voluntarias, cuando el mismo autor de la ley deja deliberadamente sin contemplar un aspecto de la materia regulada que, por su complejidad, no admite una regulación demasiado minuciosa y exhaustiva; deja dichos aspectos librados a la determinación por medio de la interpretación que oportunamente haga el órgano aplicador en función de un caso concreto;
- involuntarias, cuando la falta de regulación es producto de una inadvertencia del legislador, por diferentes motivos, ya sea porque creyó regularla y no lo hizo, porque considera al caso como poco frecuente, etc.

Las lagunas objetivas son aquellas que el legislador no previó ni hubiera podido prever porque son originadas posteriormente a la elaboración legislativa en virtud del desarrollo y evolución de las relaciones sociales, las nuevas invenciones y toda otra causa que provoque la obsolescencia de los textos legales, ajenas a la voluntad del legislador.

También, distingue el jurista italiano entre lagunas *praeter legem* y lagunas *intra legem*, en función de la forma en que se ha hecho la regulación de determinada materia.

- Las lagunas *praeter legem* son aquellas que surgen en virtud de que las normas expresas son demasiado particulares; prevén ciertos casos y dejan otros sin comprender.

- Las lagunas *intra legem* son aquellas provocadas por la formulación excesivamente amplia; las normas son demasiado generales y contienen en su interior vacíos que deben ser colmados por el intérprete.

Para el primer caso, señala Bobbio, «la integración consistirá en formular nuevas reglas al lado de las expresas; para el segundo, las nuevas reglas deberán ser formuladas dentro de las reglas expresas».

4. PROCEDIMIENTOS DE INTEGRACIÓN

Admitida la presencia de lagunas en un ordenamiento jurídico, el problema principal radica en la manera en que éstas deben ser colmadas para obtener la solución que se dará al caso al que se atribuye el vacío normativo. Precisamente, en función de la forma en que debe llevarse a cabo la integración, pueden distinguirse, siguiendo la terminología de Carnelutti, dos sistemas: la heterointegración y la autointegración.

La posibilidad de esta doble opción es consecuencia de que, tal como se los concibe en la actualidad, los ordenamientos jurídicos son sistemas complejos, cuyas normas, aunque reunidas en una unidad superior, provienen de diferentes centros de producción normativa, tal como lo hemos analizado en los Capítulos VII y VIII.

Como señala Norberto Bobbio, si bien un ordenamiento jurídico cualquiera considerado estáticamente puede aparecer como incompleto, en su consideración dinámica, es decir, viendo al derecho en movimiento, en función del proceso de su producción y aplicación por los diferentes órganos normativos, se evidencia su condición de completable.

Veamos cómo funciona uno y otro mecanismo.

4.1. Heterointegración

La heterointegración puede llevarse a cabo por distintas vías:

- Recurriendo a ordenamientos diversos.

Conforme al método tradicional, se propicia remitir al Derecho Natural, entendiéndolo a éste como aquel derecho perfecto en el que se funda toda positividad jurídica y en el cual se encuentran todas las soluciones. En esta línea de pensamiento puede citarse como ejemplo el art. 7 del Código Civil austríaco de 1812, que dispone recurrir, en caso de dudas no subsanables conforme al derecho positivo, a los principios del derecho natural.

También es posible que la remisión se haga a ordenamientos jurídicos precedentes en el tiempo, como el Derecho Romano –en virtud de considerarlo

un derecho modelo- o a ordenamientos contemporáneos, como el derecho de otro sistema jurídico estatal (derecho comparado).

- Recurriendo a manifestaciones normativas diferentes de la dominante, es decir, de la ley.

Esta segunda posibilidad de heterointegración puede asumir tres formas:

- mediante el recurso a la costumbre jurídica: en este caso se trata de la costumbre *praeter legem* que, como analizamos en el Capítulo VIII, es aquella surgida para suplir el silencio de la regulación legal. La aplicación integradora de la costumbre puede ser amplia, siendo aplicada en todas las materias no reguladas por normas legales, o restringida, siendo aplicada sólo cuando la ley expresamente remite a ella. Ambas alternativas se encuentran receptadas en el artículo primero de nuestro Código Civil y Comercial, según el cuál «los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refirieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios al derecho».
- mediante el recurso al poder creativo del juez, tal como lo establece el citado art. 1º del Código Civil suizo;
- mediante el recurso a la opinión de los científicos del derecho, como ocurría en la antigüedad, cuando se consideraban vinculantes los puntos de vista de prestigiosos doctrinarios para la solución de este tipo de casos.

4.2. Autointegración

La autointegración consiste en la solución de los problemas de ausencia de regulación dentro del mismo sistema jurídico en el que se presenta la laguna, sin acudir a otros ordenamientos o recurriendo sólo minimamente a manifestaciones diversas de la ley, utilizándose principalmente dos procedimientos:

- el recurso a la analogía
- el recurso a los principios generales del derecho.

En esta modalidad de autointegración ubicamos a nuestro ordenamiento jurídico, tal como surge de la formulación del art. 2 del ccyc a la que ya nos hemos referido, por tratarse de la disposición nuclear del Código Civil y Comercial en materia de interpretación jurídica.

Analizaremos a continuación el funcionamiento de la analogía y los principios, ambos procedimientos establecidos en la referida disposición para llevar a cabo la actividad integradora del derecho. Se debe advertir que la clásica denominación «principios generales del derecho» ha sido sustituida en el código vigente por la expresión «principios y valores jurídicos», que incluye explícitamente a estos últimos, sin que por ello varíe sustancialmente la significación que tradicionalmente le acordara la doctrina.

5. LA ANALOGÍA

La analogía consiste en un procedimiento por el cual, cuando un caso no está previsto en la ley, se recurre a uno similar que sí está regulado y se le aplica a aquél la regulación prevista para éste.

Norberto Bobbio señala que la analogía es «el procedimiento por el cual se atribuye a un caso no regulado el mismo tratamiento de un caso regulado similarmente». Como se advertirá, a partir del análisis que haremos a continuación, el concepto del destacado jurista italiano puede sugerir, con la expresión «regulado similarmente», que en este recurso intervienen dos regulaciones, lo que encierra una contradicción. Si el punto de partida de la tarea integrativa está dado por la presencia de un caso sin regulación normativa, no podrá hablarse de una regulación similar respecto de aquél. La analogía, la similitud, refiere a los dos casos en juego, el concreto, sin regulación, que debe ser resuelto, y el caso previsto normativamente.

Cuando planteamos las cuestiones fundamentales que intervienen en la tarea de aplicación de las normas legales a los casos concretos referimos que, en cualquiera de los diferentes niveles de dificultad que se le pueden presentar, el juez debe realizar complejas operaciones lógicas y valorativas tendientes al conocimiento y decisión de la cuestión concreta.

La primera de ellas consiste en la determinación del hecho que constituye el caso concreto. A partir de la comprobación de su existencia, mediante el material probatorio producido por las partes, el juez debe hacer una reconstrucción intelectual del hecho teniendo en cuenta los elementos relevantes constatados.

Cuando desarrollamos en el Capítulo IX el funcionamiento de esta actividad, señalamos que una vez verificados los hechos constitutivos del caso, el juez realiza su calificación jurídica según el marco configurado por la norma que lo contempla en su enunciado. Precisamente aquí aparece el problema que nos ocupa. El juez, una vez acreditados los hechos que configuran el caso, y separados, a partir de una valoración de ellos, los datos relevantes del mismo, fracasa en la búsqueda de una norma que lo comprenda. Debe abocarse, entonces, a encontrar un caso similar que guarde con éste no cualquier semejanza, sino una semejanza relevante, en virtud de la cual pueda inferir que dichos datos, sobre los que existe similitud, constituyen la razón por la cual a ese caso regulado se le ha atribuido una consecuencia jurídica determinada y no otra. La razón suficiente a la que nos referimos es la denominada *ratio legis*, el motivo determinante de la regulación de la norma en determinado sentido. La razón por la cual al caso similar la norma le atribuye cierta consecuencia jurídica debe ser común con el caso concreto sin regulación. Aquí radica la importancia de la valoración que debe hacer el juez separando, de los hechos constatados configurativos del caso, aquellos elementos que son relevantes de los que considera triviales o irrelevantes,

que dejará de lado. El fundamento de la analogía está dado por la igualdad con que deben ser tratados los casos similares, elemental principio de justicia que prescribe tratar del mismo modo a las situaciones análogas.

En suma, por este procedimiento el juez confronta dos casos: uno concreto no previsto legalmente, otro general y abstracto contemplado en el supuesto de una norma y, en virtud de la comprobación de las semejanzas relevantes existentes entre ambos, atribuye al caso concreto no regulado las consecuencias jurídicas previstas para el que sí lo está.

5.1. La analogía y la interpretación extensiva

Es importante distinguir el recurso a la analogía de la interpretación extensiva. La diferencia básica radica en que el primero constituye un procedimiento de integración y la segunda, una tarea interpretativa.

En la analogía el aplicador no dispone de una norma que regule el caso, por lo que trabaja sobre la base de uno similar que tiene regulación jurídica y extiende a aquél las consecuencias establecidas para éste; mientras que cuando se efectúa una interpretación extensiva, el juez cuenta con una norma que regula el caso, sobre la que realiza la interpretación. En este último supuesto, si bien la solución no surge del texto de la norma, el intérprete la encuentra en su espíritu, por lo que amplía su alcance. En la analogía, por el contrario, el caso no está precisamente previsto, debiendo encontrarse la norma adecuada para resolverlo.

Para Bobbio, la diferenciación debe hacerse en virtud de los efectos de una y otra. El efecto de la interpretación extensiva es extender las consecuencias de la norma a casos que su enunciado no prevé pero sí su espíritu, mientras que el efecto de la aplicación analógica es «crear» una nueva norma jurídica. En el primer caso, la norma aplicada es siempre la misma, en el segundo, otra norma se aplica al caso no regulado.

La importancia de la distinción entre estas dos operaciones radica en la prohibición de efectuar analogía en el derecho penal, como se analizará luego, en virtud del Principio de Legalidad, de raigambre constitucional, por el cual, para que una conducta pueda ser penada debe encontrarse tipificada como delito en la ley penal con anterioridad al hecho del proceso. Lo contrario vulneraría la garantía de libertad individual de actuar dentro del marco de lo permitido por el derecho. En cambio, el juez penal puede realizar una interpretación extensiva, dado que al hacerlo no efectúa creación normativa de carácter general. Así ocurre en el ejemplo de la inclusión del correo electrónico en las disposiciones relativas a los delitos de apropiación y publicación de correspondencia, sin exceder la significación de la norma, sino sólo acompañando el avance tecnológico, considerando que, como la correspondencia tradicional, el e-mail constituye un medio de comunicación equiparable.

5.2. La analogía legis y la analogía iuris

Otra distinción que es oportuno realizar es la que se suele efectuar entre la llamada analogía *legis* y la analogía *iuris*. La primera es el procedimiento de integración, tal como lo hemos descrito hasta aquí, por el que se recurre a un caso análogo regulado por una norma jurídica determinada, mientras que la analogía *iuris*, a pesar de lo que sugiere el nombre y tal como lo refiere Bobbio, nada tiene que ver con un razonamiento analógico, dado que si bien constituye un procedimiento de integración para colmar lagunas, se lleva a cabo recurriendo a los principios generales del derecho.

Por lo tanto, la analogía propiamente dicha es la analogía *legis*, mientras que la analogía *iuris* constituye otro de los mecanismos de autointegración que analizaremos a continuación.

6. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Como luego expondremos, existen diferentes criterios para conceptualizar los principios generales del derecho, acerca de cómo se llega a conocerlos sobre su contenido específico. Pese a ello, debemos formular una definición para iniciarnos en su estudio como recurso del que se vale el juez en la actividad integrativa, en caso de existir un vacío legal no subsanable por vía de la analogía.

Miguel Reale señala que se trata de «enunciaciones de valor genérico que condicionan y orientan la comprensión del ordenamiento jurídico, tanto para su aplicación e integración como para la elaboración de nuevas normas».

Pensamos que el autor brasileño, con dicho concepto, más que definir a los principios generales del derecho desde sus aspectos polémicos, lo hace desde su función de orientación, tanto en el proceso de elaboración como en el de integración y aplicación normativa, de lo que se infiere la fundamental importancia que dichos principios presentan en la dinámica del derecho.

En este sentido, José María Díaz Couselo destaca el doble papel que ellos desempeñan. En primer lugar, los principios generales del derecho representan el fundamento del derecho positivo, en tanto razón, condición y causa determinante del contenido del derecho consagrado positivamente, aquellas bases fundamentales sobre las que se construye el derecho positivo. Así, las bases determinantes de la organización política, social y económica de una comunidad, como las que caracterizan un sistema repúblicano de gobierno, la división de los poderes del Estado, la igualdad de las personas ante la ley, etc., constituyen el fundamento de la legislación positiva.

El segundo papel que desempeñan los principios generales del derecho para el citado autor, que, puede decirse, deriva del anterior, consiste en que

a ellos se recurre para resolver casos no previstos por el derecho positivo. Es que si constituyen su fundamento (el *ius* previo sobre el que se construyen las normas jurídicas positivas), necesario será que se acuda a ellos cuando éstas han dejado sin regular un supuesto de hecho con relevancia jurídica.

Así, un principio general del derecho lo constituye el reconocimiento de la existencia de la persona desde el momento de su concepción, principio que opera como el fundamento de toda regulación positiva en torno de la persona física.

En su segundo aspecto, tendrá una gran importancia, principalmente, en la actividad integradora, dado que, con los avances científicos y tecnológicos que permanentemente se registran en nuestras sociedades, se producen frecuentes vacíos legales que es necesario completar; como ejemplo, es el caso de la medicina genética, que presenta casos de manipulación de embriones, tanto dentro como fuera del seno materno, que la ley puede no tenerlos previstos y que demandan del juez la directa aplicación de principios al caso concreto, imponiendo el respeto por la vida antes del nacimiento en casos no regulados legalmente.

Este principio, como otros, reviste tal importancia que el legislador lo ha consagrado legalmente; de allí que es posible distinguir a los principios generales del derecho expresos y no expresos aunque, es oportuno aclarar, la eficacia operativa de unos y otros es independiente de su positivización.

Ejemplos de principios que se encuentran establecidos en nuestro sistema jurídico son los siguientes:

- *Principio de igualdad ante la ley*, constituye un principio democrático básico que está consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional: «La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y las cargas públicas».
- *Principio de reserva*, consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional: «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

Los principios mencionados están expresamente enunciados en la Constitución (arts. 16 y 19) y son operativos en la totalidad del ordenamiento jurídico.

Pero no todos los principios generales del derecho tienen la misma amplitud, muchos de ellos se circunscriben a determinada materia o rama del derecho. Así ocurre, por ejemplo, con principios expresos del derecho privado contenidos en el Código Civil y Comercial, como la buena fe (art. 9 ccyc); el abuso del derecho (art. 10 ccyc); el abuso de posición dominante (art. 11 ccyc);

la libertad de contratación (art. 958 ccyc); el principio de la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado (art. 2651 ccyc), entre otros.

En el derecho penal se destaca el principio de aplicación de la ley penal más benigna que establece «si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuera distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley» (art. 2 del Código Penal).

En el derecho procesal penal opera el principio del estado de inocencia, que determina que toda persona acusada de un delito es inocente y como tal debe ser tratada hasta que una sentencia condenatoria establezca que es culpable. A este principio vulgarmente se lo llama «presunción de inocencia». Se trata de un error porque la inocencia es un estado de la persona que sólo se altera con el dictado de una sentencia que la condene, y presumirla equivale a considerarla culpable antes que ello ocurra.

También son propios del derecho procesal penal los principios non bis in ídem, por el cual nadie puede ser perseguido por el mismo hecho por el que ya fue juzgado, y el in dubio pro reo, que impone al juzgador absolver de culpa y cargo a una persona a quien se le atribuye un hecho cuando existen dudas sobre su culpabilidad o autoría.

En el derecho procesal laboral rige el principio que establece que en caso de duda deber resolverse en favor del operario.

Podría continuarse mencionado ejemplos y la tarea nunca sería exhaustiva. Es que desde las gradas superiores del ordenamiento jurídico argentino, desde la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos hasta las demás materias del derecho, encontraremos principios y valores de mayor o menor extensión, que constituyen un reservorio de fundamentos en el que se sustentan tanto la práctica como la teoría jurídica.

6.1. Su caracterización desde las posiciones iusnaturalista y positivista

Como adelantamos, en lo que respecta a la concepción sobre los principios generales del derecho, como a la manera de llegar a su conocimiento y determinación, los juristas difieren según se ubiquen en una postura iusnaturalista o positivista del derecho. Desde el iusnaturalismo los principios generales del derecho se conciben como principios suprapositivos, anteriores y superiores al derecho positivo, que forman parte del derecho natural, inmutables y universales, aplicables a todo ordenamiento jurídico particular. Estos principios constituyen el fundamento mismo de la legislación positiva.

Respecto de su contenido y formas de conocimiento existen tantas respuestas como posturas acerca del derecho natural.

Para el iusnaturalismo cristiano estos principios surgen de aquellos postulados de la ley natural (que forma parte de la ley eterna en cuanto plan del universo en lo referido al hombre), mientras que para el racionalista, son aquellos determinados por la razón. Ambas posturas tienen en común, precisamente, la idea de que por sobre el derecho positivo hay un derecho superior constante, universal, justo y válido.

Desde una postura iuspositivista, los principios generales del derecho son aquellos que están explícitos o implícitos en las normas positivas y se extraen mediante un proceso de inducción y abstracción de ellas. Esta concepción de los principios como generalizaciones extraídas del derecho positivo resulta necesaria para mantener la pretensión de un derecho positivo completo, dado que, ante la realidad de que las normas positivas no prevén todos los casos posibles en forma expresa, éstos estarían previstos en los principios supuestos por ellas.

En consecuencia, los principios que se extraigan por medios inductivos de las normas positivas no serán principios generales aplicables a todo ordenamiento jurídico, sólo a ese en particular de cuyas normas fueron extraídos. A esta postura adhiere Ariel Alvarez Gardiol para quien «los principios generales del derecho no pueden ser sino las inferencias generalizadoras del ordenamiento jurídico nacional, que impide, con ese tope restrictivo, arbitrar soluciones de gran indeterminación y exagerada libertad».

7. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

7.1. En materia civil

Como ya adelantamos, con respecto a la integración en el derecho civil, los procedimientos para realizarla están establecidos en el art. 2 del ccyc que bajo el título de «Interpretación» menciona las pautas o criterios para realizar ésta actividad, incluyendo recursos muy utilizados en la integración de la ley, es decir, para colmar los vacíos o indeterminaciones normativas, como acudir a «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».

Cuando un supuesto de hecho no ha sido previsto en una norma del derecho civil, el juez debe recurrir, en primer término, al procedimiento de la analogía, aplicando al caso concreto la regulación prevista para otro caso con el que tenga similitudes relevantes. En este punto es importante advertir que la expresión «leyes análogas» en la norma transcrita no es apropiada por cuanto, como fue analizado, la analogía no está en las leyes sino que debe darse en los casos, puesto que si se tratara de leyes análogas, no estaríamos ante un vacío de regulación, sino ante dos casos regulados análogamente.

Según surge de la redacción del art. 2 del ccyc los restantes recursos deben utilizarse conjuntamente con el razonamiento analógico a fin de resolver el caso no regulado.

Dado que las disposiciones que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos, y los principios y valores que informan el derecho civil constituyen el núcleo principista más jerarquizado del sistema, en todo acto judicial inspiran y fundamentan tanto la actividad de interpretación como la de integración. En suma, guían todo acto de aplicación jurídica y aseguran que cada correcta decisión se dicte «de modo coherente con todo el ordenamiento», como claramente reza la última parte de la disposición citada.

7.2. En materia penal: el Principio de Legalidad

Uno de los más importantes principios generales del derecho que opera en materia penal es el Principio de Legalidad, consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional: «Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso».

Este fundamental principio del derecho penal consagra la garantía para el individuo de que no será penado sino es por una conducta especialmente tipificada como delito en la ley penal previamente a su realización.

El Principio de Legalidad excluye toda posibilidad de integración en materia penal, por cuanto si la conducta no se encuentra establecida en la ley penal al momento del hecho, no será antijurídica y, por tanto, no podrá ser penada.

En este sentido, el derecho penal es un sistema sin lagunas, estando prohibido todo procedimiento que pudiere integrar cualquier aparente vacío por más gravedad que se atribuya a la conducta en cuestión.

En síntesis, la consagración del Principio de Legalidad en nuestra Constitución importa la afirmación de la ley como exclusivo producto normativo del derecho penal, así como establece un límite infranqueable a la actividad del juez, que no podrá penalizar una conducta no prevista acudiendo a la analogía o a los principios generales del derecho.

12 Los valores jurídicos

1. INTRODUCCIÓN

En el Capítulo 1, con motivo de analizar el concepto del derecho, planteamos, siguiendo al autor español Manuel Atienza, la utilidad de acercarnos al mismo a partir de las perspectivas estructural, funcional, valorativa y argumentativa. Nos ubicamos ahora en la perspectiva valorativa para abocarnos a la reflexión sobre la justicia y los valores jurídicos, tema que ha preocupado desde la antigüedad, y seguramente preocupará a todo aquel que intente comprender integralmente el fenómeno jurídico.

Interrogantes como cuándo el derecho es justo, cuál es el derecho que debe ser o qué elementos de la moralidad debe contener el derecho, permanecen en la historia del pensamiento hasta la actualidad, con respuestas no siempre coincidentes pero que revelan la problematicidad de la fundamentación del derecho, que desarrollaremos mediante el análisis de los valores jurídicos.

Éstos, como todo valor, son cualidades que se predicen de ciertas cosas, concretamente, en lo que refiere al derecho, como señala Peces-Barba «son ideas que sólo se completan cuando se realizan, cuando se plasman en la realidad... Sólo se completan cuando se recogen en el Derecho positivo. Hasta que esto ocurre son entes ideales. En el propio concepto de valor está la imposibilidad de ser reales, siendo sólo ideales».

La incorporación de criterios de justicia y moralidad en el derecho positivo, por otra parte, se manifiesta en distintos momentos de la actividad práctica de los diversos operadores jurídicos. Inspiran la labor originaria del constituyente; la del legislador en su tarea creativa; la del juez al interpretar y aplicar las normas. También los doctrinarios y científicos del derecho en su actividad de conocimiento y sistematización, los abogados que actúan en defensa de los intereses de sus clientes y, en suma, las personas y la sociedad, se proponen ajustar sus acciones a aquellos criterios.

No puede ser de otro modo, en tanto la fundamentación última del derecho reside en la dignidad de la persona humana, en cuanto por sí misma constituye un valor, con su dimensión ética, en la que se destaca la idea de finalidad que la enriquece. De allí la importancia de que el tema de los valores jurídicos forme parte de un curso de Teoría del Derecho, aunque su inclusión temática pueda aparecer más propia de la Filosofía del Derecho.

Generalmente, al referirnos a los valores jurídicos nos centramos en la justicia, por ser el más representativo y por su inmediata relación con otros valores jurídicos como la libertad, la seguridad, la igualdad y la solidaridad, los que analizaremos a continuación. Distinguiremos, en primer lugar, a la justicia como virtud y como valor jurídico, y ya ubicados en esta última mirada, verificaremos su vinculación con la legitimidad del poder así como con los Derechos Humanos que, al identificarse con los ideales de la modernidad, pueden considerarse la versión actual de un conjunto indiscutible de principios de justicia, a partir de los cuales se hace posible la construcción y crítica de toda operación jurídica.

También nos ocuparemos de algunas de las diversas concepciones ideológicas que en distintos contextos históricos han producido enfoques interesantes acerca de la justicia y los valores jurídicos. Nos referimos a los puntos de vista básicos que surgen de grandes direcciones como las iusnaturalista, utilitarista y analítica, entre otras, así como de la más reciente obra del profesor de la Universidad de Harvard, John Rawls, quien sobre la base de la teoría tradicional del contrato social y la visión de una Teoría de la Justicia vinculada a los Derechos Humanos, ha revivido la reflexión sobre los valores y la transformación de los ideales que debe contener el derecho.

2. LA JUSTICIA COMO VIRTUD Y COMO VALOR JURÍDICO

2.1. La justicia como virtud moral

Es propio de las doctrinas tradicionales ver a la justicia como virtud, quizás por la importante repercusión que tuvo la teoría platónica. Santo Tomás de Aquino, en su reelaboración aristotélica, también la considera como virtud y, en general, la idea ha permanecido en el pensamiento occidental.

Considerar a la justicia como virtud moral implica tener en cuenta su aspecto subjetivo, contemplarla desde la persona que realiza actos justos. Un acto será justo, desde este punto de vista, si la persona que lo realiza obra virtuosamente o tiene el hábito de obrar con rectitud.

Así es como la concibiera Ulpiano en su clásica definición: «Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho», concepto que perdurara en Santo Tomás de Aquino, quien en la *Suma Teológica* expresa que «la justicia es el hábito por el cual se da, con una voluntad constante y perpetua, su derecho a cada uno».

Así mirada, la justicia refiere tanto a la moral como al derecho pero, según veremos a continuación, hoy se la considerara como un valor jurídico social. Aunque la justicia es un valor moral y jurídico, es más apropiado reservar la denominación de virtud para referirnos sólo al ámbito exclusivo de la moralidad personal.

2.2. La justicia como valor

También puede contemplarse la justicia objetivamente, que es la visión del derecho, porque, en realidad, éste no persigue la promoción de la virtud entre los hombres, o al menos no inmediatamente, sino que trata de asegurar la justicia en las relaciones humanas. No basta con una justificación subjetiva formulada por el sujeto ante sí mismo, sino que la justificación debe satisfacer también al otro u otros componentes de la vida en relación que resulten afectados de algún modo por una determinada acción. Esta justificación puede alcanzarse mediante el derecho como normatividad, es decir, como producto humano referido a valores vigentes en la comunidad, en la cual se aplican, garantizando su aceptabilidad.

El acto justo desde el punto de vista objetivo consiste, entonces, en cumplir el derecho frente a otro u otros, dado como regulación exterior que establece la conducta debida, siendo secundaria, por lo general, la intención o voluntad de quien lo realiza.

El derecho se interesa porque la conducta del sujeto sea conforme con la establecida como debida en la norma, desinteresándose si lo hace espontáneamente o compelido por la coerción jurídica. Por ejemplo, el derecho impone al deudor la obligación de pagar el precio por la cosa adquirida, por lo que el acto justo consistirá en la realización del pago, sea porque se cree moralmente obligado a ello –que es la alternativa más valiosa y la que el consenso jurídico evidencia con gran frecuencia–, sea porque lo hace compelido por la amenaza que se imputa a su incumplimiento.

Así considerada, la justicia aparece como valor, en tanto ideal que debe consagrarse en la normatividad y plasmarse en los actos y relaciones jurídicas realizados por los integrantes de la sociedad como operadores del derecho. En suma, como ideal que debe presidir la acción y concretarse en la realidad jurídica. Este ideal, que todo derecho aspira realizar, nunca es plenamente alcanzado; es una obra que permanentemente debe perfeccionarse en toda convivencia social.

3. EL DERECHO INJUSTO

Precisamente por lo que acabamos de exponer, debido a limitaciones humanas de diverso tipo, el ordenamiento positivo puede contener normas injustas, situación que plantea dificultades que se agudizan a la hora de adoptar una definición por parte de jueces y tribunales con motivo de decidir aquellos casos concretos donde se invoca la incidencia del disvalor o valor negativo.

Señala el constitucionalista Bidart Campos que, ante esta situación, dos posiciones confluyen a aportar soluciones a la actividad judicial frente a la presencia de una norma aplicable valorada como injusta por el juez.

La primera, correspondiente a un positivismo extremo (ideológico), sostiene que, en virtud del principio de la separación de poderes del Estado, cada uno con una función específica, el órgano judicial, autoridad aplicadora de las normas elaboradas por el órgano legislativo, no está habilitado para prescindir de las normas que, siendo válidas, son consideradas por él injustas o disvaliosas, debiendo aplicarlas tal cual han sido creadas por la autoridad correspondiente.

La segunda, que puede atribuirse a un positivismo moderado, sostiene que la injusticia intrínseca de una cierta norma jurídica está, en definitiva, vulnerando el mandato constitucional, incluido en el Preámbulo, de afianzar la justicia y, dado que dicho mandato es de superior jerarquía, el órgano judicial está habilitado para prescindir de aquella norma.

El citado constitucionalista adhiere a esta segunda postura, profundizando en la cuestión del modo en que el juez puede llegar a justificar el desconocimiento de la norma por considerarla injusta. Puede hacerlo empleando el criterio que tiene establecido la Corte Suprema de Justicia, según el cual los jueces sólo pueden prescindir de las normas vigentes, aplicables a las causas que han de sentenciar, cuando dichas normas son declaradas inconstitucionales. Dicho de otra manera, el juez que prescinda de la norma aplicable debe demostrar su contradicción con la Constitución Nacional, sea que la incompatibilidad exista respecto de una norma concreta, sea que se materialice en la lesión a un principio fundamental, como el ya citado de «afianzar la justicia», toda vez que, en este último supuesto, el juez considere que, con la aplicación de la norma disvaliosa al caso concreto, vulneraría dicho principio y, en consecuencia, a la propia Constitución.

4. LA JUSTICIA EN EL DERECHO. SU VINCULACIÓN CON LA LEGITIMIDAD DEL PODER

En un interesantísimo tratamiento del tema, el autor español Gregorio Peces-Barba lo sitúa a partir de la relación entre poder y derecho, dado que la justicia sólo es posible si el derecho cuenta con un poder que garantiza su existencia y facilita su eficacia, al mismo tiempo que el derecho legitima al poder en la medida en que contribuye a su racionalización.

«Igual que poder y Derecho son dos caras de la misma moneda, legitimidad y justicia son asimismo la expresión de la ética pública en sus dimensiones política y jurídica.». El poder se encuentra legitimado racionalmente desde dos puntos de vista, que pueden denominarse justificación estática y justificación dinámica.

La justificación estática, también llamada de origen, se refiere a los criterios que explican el poder en el mundo moderno, que aparecen hoy en los esquemas democráticos y en la racionalidad legal, que «establece una regla basada en las mayorías y en el sufragio a través de unos procedimientos fijos y preestablecidos que garantizan su igualdad para expresar el consentimiento. El Derecho es el vehículo de los procedimientos para alcanzar la legitimidad de origen del poder».

La justificación dinámica refiere a la legitimidad de ejercicio del poder, momento en que el derecho presenta una influencia decisiva en cuanto organiza el ejercicio del poder y lo somete a límites. Normas constitucionales como las que establecen los órganos de producción normativa, los procedimientos creadores que deben seguirse, así como el sometimiento del poder al derecho mediante la separación republicana de funciones, el respeto a los derechos fundamentales y la presencia del Poder Judicial como control y garantía final de la Constitución, constituyen instrumentos del derecho inspirados en principios de justicia que convergen a dar forma a la legitimidad del poder.

Perotambién es posible situarse en el ámbito de lo jurídico para verificar que el poder debe alcanzar sus fines a través del derecho. Los objetivos del poder son la ética pública política que, como derecho, es ética pública jurídica o justicia, con lo que el referido autor demuestra que «el estudio de la legitimidad del ejercicio desde el punto de vista del poder se convierte en estudio del Derecho justo a través de la mediación de los valores políticos de seguridad, libertad, igualdad, solidaridad y fraternidad, núcleos de la cohesión del poder político democrático, grandes objetivos a realizar sobre la base de la dignidad humana y catalizadores del consenso sobre dicho poder, que se convierten en valores jurídicos y contenido de la comunicación que integra poder y Derecho».

Para determinar la sustancia de la justicia del derecho, se impone identificar su origen y su fuente de producción. Destaca Peces-Barba que la ética pública no es una ética procedente de Dios ni de ningún otro autor, como la naturaleza o la ciencia, ni tampoco es producto del poder, como podría surgir de la postura del positivismo ideológico que analizáramos en el Capítulo I, sino que procede «de un depósito de razón producido por múltiples aportaciones individuales que se comunican a través del diálogo intersubjetivo, la mayor parte de las veces a través de la escritura en que cristalizan esas reflexiones racionales a lo largo de la historia... Naturalmente que este modelo se confronta con realidades históricas incómodas y contradictorias que significan opresión, racismo, xenofobia, violaciones de los derechos humanos, violencias y guerras; pero no se puede sucumbir ante el irracionalismo, sino que se debe, en lo posible, reconstruir el sistema de valores que se inició con la Ilustración y que, en definitiva, pretende realizar al máximo la condición humana en cada momento histórico».

Como veremos posteriormente, valores comunes a la ética pública política y a la ética pública jurídica o justicia, como la libertad, la seguridad, la igualdad y la solidaridad, nos permiten definir los contenidos valiosos que se proyectan

en los derechos fundamentales o humanos, en los principios constitucionales y en la legalidad. Previamente, es necesario considerar algunos criterios que históricamente han intentado aportar contenido a la justicia, o ubicar el problema de la relación justicia-derecho, los que, como ya hemos adelantado, surgen desde distintos enfoques, de los que daremos una noción a continuación.

Antes, conviene destacar que iusnaturalismo y positivismo jurídico son dos vertientes diferenciadas que han proporcionado respuestas a la cuestión. El primero, a partir de considerar la justicia de la norma sólo en virtud de su adecuación a un orden natural invariable, sosteniendo una moralidad jurídica que no se encuentra incorporada por las vías de producción positiva de la normatividad. El positivismo, por su parte, si bien en autores como Kelsen ha postulado una *Teoría Pura del Derecho* prescindente de la dimensión moral, puede entenderse sobre la base de la distinción entre ética pública y ética privada, en el sentido de que esta última es la que está excluida del derecho, lo que no implica que la moralidad de éste, en cuanto ética pública jurídica o justicia, deba desconocerse, sino que su presencia se advierte a través de los principios contenidos en la producción normativa emergente de la Constitución y la legalidad.

5. LA CONCEPCIÓN IUSNATURALISTA DE LA JUSTICIA

El pensamiento iusnaturalista, como ya mencionamos en el Capítulo I, comprende un extenso período que se inicia en la Antigüedad y se afianza en la doctrina cristiana de la Edad Media, consagrándose en su principal exponente Santo Tomás de Aquino y sus seguidores, orientación a la que suele denominarse Realismo Clásico iusnaturalista; posteriormente, en la Edad Moderna, adopta otra expresión, que se conoce como iusnaturalismo Racionalista o Escuela Racionalista del Derecho Natural, por lo que es necesario dividir la exposición en tal sentido.

5.1. El realismo clásico iusnaturalista

Santo Tomás de Aquino es, como lo hemos señalado, el representante máximo de esta corriente, a partir de cuyo pensamiento se perfilan los lineamientos de la perdurable doctrina católica. Se advierte claramente en Santo Tomás la recepción del pensamiento aristotélico sobre la justicia, del que hace una importante exposición y complementación.

En primer término, concibe a la justicia como una virtud moral y al derecho como la misma cosa justa, es decir, la justicia es condición necesaria del derecho. Justicia y derecho son identificados, lo que permite negar el derecho

injusto, que no es derecho en este sistema. El derecho positivo debe adecuarse necesariamente al derecho natural, que proporciona los indiscutibles criterios de justicia que lo inspiran. En segundo lugar, destaca la nota de alteridad y la exigencia de igualdad de la justicia.

La alteridad de la justicia implica la relación con otro, es un ingrediente necesario de la justicia por tratarse de relaciones jurídicas en que necesariamente se da un vínculo entre personas, cada una de ellas con idéntica dignidad. Precisamente, en esta dignidad humana radica la razón de ser de la nota de igualdad de tratamiento entre los diversos casos similares, que se deben regular y decidir del mismo modo.

Distingue Santo Tomás las partes subjetivas o especies de la justicia, tal como lo hizo Aristóteles, quien fue el primero que formuló una clasificación, concibiéndola tanto como virtud total, así como virtud individual, pero también caracterizándola como una relación entre los hombres, con lo cual aparece la nota de «alteridad».

Sea que la justicia se entienda como virtud, sea que se la considere en las relaciones entre los hombres, consiste en dar a cada uno lo suyo. El acto justo, entonces, es aquel en que le es dado a cada uno su derecho, y asume diversas formas según los sujetos que intervienen. Así, es posible hacer una distinción tripartita que contemple una justicia distributiva, una justicia conmutativa, como especies de la Justicia Particular, y una Justicia General o Legal, tercera especie incorporada por Santo Tomás a la clasificación aristotélica.

5.2. La justicia particular

La justicia particular establece lo que corresponde a cada uno en las relaciones entre los particulares (justicia conmutativa o sinalagmática), así como en las de la sociedad en su conjunto con los particulares (justicia distributiva).

Tiende directamente al bien de éstos, sin perjuicio de que, por su intermedio, se logre también el beneficio colectivo. El bien común se persigue de manera mediata o indirecta.

Las dos especies de justicia particular son: la distributiva y la conmutativa.

5.2.1. La justicia conmutativa

Se presenta en las relaciones entre particulares, en las que la justicia se realiza mediante un criterio de igualdad en las prestaciones o compensaciones debidas. Entre lo dado y lo recibido en las relaciones contractuales, entre el daño y la indemnización, entre el delito y la pena.

5.2.2 La justicia distributiva

Se realiza esta especie de justicia cuando el Estado, o la comunidad considerada en su conjunto, reparte bienes, cargos y honores en función de las necesidades o los méritos de cada uno de sus miembros sobre una base de proporcionalidad. Se da en la distribución de los honores, en el nombramiento de los funcionarios, en la asistencia social, etc. En la actualidad, se llama Justicia Social a aquella forma de justicia que tiende directamente a favorecer a las clases sociales más necesitadas, y se orienta a una distribución más equitativa de la riqueza a fin de asegurarles condiciones básicas de vida acordes con la dignidad personal. La justicia social no configura una nueva especie de justicia sino que es una forma de justicia distributiva caracterizada por la índole de los destinatarios, las clases sociales más postergadas, cuyas necesidades se orienta a satisfacer.

5.3. La justicia general o legal

Es la que ordena la conducta de las partes con relación al todo. Lo debido a la comunidad por sus miembros. Tiende directamente al bien común, subordinando a esa finalidad los intereses y aspiraciones de los individuos que componen el grupo social. Cada miembro debe a la comunidad, de la que forma parte, lo necesario para su conservación y prosperidad, lo que puede ejemplificarse con el pago de contribuciones e impuestos. Es ésta una innovación del pensamiento de Santo Tomás de Aquino a la clasificación de Aristóteles, completándola con esta tercera especie, también llamada justicia legal porque las cargas con las que contribuyen los individuos al mantenimiento de la comunidad les son impuestas por el ordenamiento jurídico.

5.4. El iusnaturalismo racionalista

Los numerosos exponentes de la Escuela Racionalista del Derecho Natural, como fue señalado en el Capítulo I, comparten la idea de que el verdadero derecho es el derecho natural, que la razón determina por su conformidad con la esencia de la naturaleza humana. En general, entienden que para hallar ese derecho natural es preciso buscar lo auténticamente humano, al hombre en su perdido estado de pureza natural, que se intenta restablecer mediante la idea del pacto social, por el cual convienen ciertas restricciones a sus derechos en pos de una convivencia ordenada, a la vez que se subordinan a una autoridad acordada.

Si el derecho natural debe buscarse en la esencia de la naturaleza humana, entonces lo justo estará constituido por una serie de principios que derivan de la naturaleza del hombre, cognoscibles por medio de la razón. Precisamente, una de las principales críticas que se han formulado a esta concepción, en cuanto teoría de la justicia, consiste en la imposibilidad de saber lo que deba entenderse por «naturaleza», dada la ambigüedad del término, que se ha interpretado de maneras tan dispares, que han permitido justificar tanto la esclavitud como la igualdad de todos los hombres, tanto la libertad religiosa como la persecución de los herejes, tanto la propiedad privada como la comunidad de bienes. En igual sentido, suministra una vía para justificar la desobediencia a los mandatos del derecho positivo que sean contrarios al derecho natural, al mismo tiempo que permite fundamentar el derecho establecido positivamente como derivación o concretización de aquél.

6. LA CONCEPCIÓN UTILITARISTA DE LA JUSTICIA

La concepción utilitarista surge a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Su formulación clásica estuvo a cargo de Jeremy Bentham, a quien se considera su fundador junto con John Stuart Mill.

Destaca Manuel Atienza que en los dos últimos siglos la concepción utilitarista ha conocido un gran éxito, particularmente en los países anglosajones, difusión que se ha visto favorecida por el desarrollo de ciertas concepciones económicas que tienen al utilitarismo como presupuesto moral.

Pero, en lo que respecta a su influencia en el derecho, ésta se ha dado de innumerables maneras siendo sólo una de ellas a través de los enfoques económicos, aplicados al Derecho, dando lugar a lo que se ha dado en llamar en los últimos años el análisis económico del Derecho.

Partiendo de la formulación de Jeremy Bentham, en su obra *Introduction to the principles of morals and legislation* (1789), la concepción utilitarista de la ética parece basarse en los dos siguientes presupuestos:

- Constituye una concepción empirista y determinista de la psicología que niega la existencia de ideas innatas, entendiendo a la razón no como facultad innata del hombre, sino como una facultad experimental que opera a partir de los datos que suministran los sentidos.

De esta forma, el utilitarismo se opone a la existencia de toda ley natural que dirija a los hombres hacia el bien común dado que, si ella existiera, el derecho no sería necesario. La razón no es algo propio de la naturaleza humana, sino solamente la tendencia del hombre hacia la felicidad, aquellos sentimientos e inclinaciones naturales dirigidos a su consecución. Esta idea es la que determina, precisamente, el segundo presupuesto:

- La identificación de lo bueno con el placer, con la felicidad. El fin del actuar humano es la persecución de la felicidad, todo acto del hombre está dirigido hacia ella, es propio de su naturaleza empírica. De modo que el criterio para valorar moralmente una acción consiste en medir los efectos que ella produzca en términos de placer o dolor. El utilitarismo aparece, por ello, como una doctrina consecuencialista, porque las acciones no tienen valor moral en sí mismas, sino con relación a la bondad o maldad de sus consecuencias.

Estos dos presupuestos determinan la postulación de Bentham de que las leyes deben tender a la consecución de la felicidad para la mayor cantidad de personas, por lo tanto, justo será, según la conocida formulación de Jeremy Bentham, lo que proporciona la mayor felicidad al mayor número.

Como señala el mencionado autor español, la doctrina utilitarista, sin perjuicio de la repercusión que tuvo, ha sido blanco de importantes objeciones que enunciaremos sintéticamente siguiendo su desarrollo:

- Se le ha cuestionado que, al afirmar que lo único natural del hombre es su inclinación hacia la felicidad, utiliza, en definitiva, una idea iusnaturalista, lo que determina que el principio de utilidad postulado por Bentham tiene un carácter apriorístico y metafísico, más que empírico, como lo es la afirmación de la que parte.
- Otra afirmación de Bentham que ha merecido críticas es la idea de que los hombres se comportan en forma egoísta, intentando cada cual procurarse su propia felicidad. Si la justicia se da cuando la suma total de la felicidad en el mundo es la mayor posible, ordenará actuar altruistamente, para lo cual será preciso atribuir el mismo peso al placer de los demás que al de uno mismo, dándose una contradicción entre egoísmo y benevolencia que es difícil de salvar.
- Es problemático, también, pensar en algún método por el que se pueda calcular, en términos de placer o dolor, las consecuencias de las acciones.
- El utilitarismo plantea los problemas de justicia en términos de suma total de placer, pero sin tener en cuenta los problemas de distribución del placer entre los individuos. «Así, según el principio de utilidad, una situación en que unos pocos disfrutan de gran cantidad de placer y los demás padecen, es tan buena como una situación en la que la felicidad está igualitariamente repartida. En consecuencia, el utilitarismo puede llevar a justificar atentados contra la igualdad».

7. LA CONCEPCIÓN ANALÍTICA DE LA JUSTICIA

La Filosofía Analítica, concepción más característica del pensamiento del siglo xx, comprende un amplio espectro de escuelas.

Advierte el citado jurista español, que bajo el rótulo común de «Filosofía Analítica» se suele designar un conjunto bastante amplio de escuelas y autores entre los que cabe establecer notables diferencias teóricas e ideológicas aunque, por supuesto, comparten una serie de «rasgos de familia»:

- La tendencia a ver una relación más o menos íntima entre la filosofía y el lenguaje.
- La adopción de una actitud cautelosa hacia la metafísica.
- La actitud positiva hacia el saber científico.
- El reconocimiento implícito o expreso de que el análisis constituye una condición necesaria del filosofar.

Nos ocuparemos de la doctrina de tres de los autores con más repercusión en el pensamiento jurídico contemporáneo, considerados los principales representantes de la Filosofía del Derecho Analítica.

7.1. Hans Kelsen

Ya hemos analizado las dos purificaciones efectuadas por Kelsen a la ciencia jurídica. En una de ellas, la purificación positivista o antiusnaturalista distingue al derecho de los otros órdenes normativos, principalmente la moral. La moral, la justicia, la política y toda otra ideología deben ser separadas de la ciencia del derecho que es una disciplina orientada exclusivamente al conocimiento y descripción de las normas jurídicas positivas, sin valorarlas como buenas o malas, justas o injustas.

Kelsen no niega que las normas jurídicas puedan ser valoradas desde la moral o la justicia o desde una determinada ideología, lo que afirma es que este análisis no es propio de la ciencia jurídica. Por otra parte, dichas valoraciones tendrán sólo un carácter relativo toda vez que no existen principios de moralidad y justicia absolutos, universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos. Así, explica la imposibilidad de afirmar la existencia, por lo tanto de conocer y definir, de una justicia absoluta y sí en cambio de una justicia relativa:

si se admite que en diferentes épocas, en pueblos diferentes –y hasta en un mismo pueblo, dentro de diferentes estamentos, clases y profesiones– existen sistemas morales válidos muy distintos y entre sí contradictorios; que puede considerarse, bajo circunstancias distintas, bueno o malo, justo o injusto, a cosas diferentes, cosas que no pueden considerarse en todas las circunstancias posibles buenas o malas, justas o injustas; si se acepta que sólo hay valores

relativos, entonces la afirmación de que las normas sociales tienen que contar con un contenido moral, de que tienen que ser justas para ser consideradas derecho, sólo significa que esas normas tienen que contener algo que sea común a todos los sistemas morales, en cuanto sistemas justos. Pero frente a la extraordinaria diferenciación en lo que, de hecho, los hombres en distintas épocas y en distintos lugares han considerado bueno o malo, justo o injusto, no cabe establecer ningún elemento común a los contenidos de los diferentes órdenes morales (aut. y op. cit. pág. 76).

Las siguientes palabras de Kelsen sintetizan claramente su pensamiento:

Verdaderamente no sé si puedo afirmar qué es la justicia, la justicia absoluta que la humanidad aspira alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí; la justicia es un ideal irracional que no se deja teorizar.

También sostuvo que la justicia es una propiedad que puede predicarse de un agente o de un acto, pero no de una norma. Es decir, la justicia o injusticia puede predicarse de los actos por los que se crean las normas, pero no de las normas en sí. Así, un acto de creación normativa será justo cuando ha sido realizado por la autoridad competente y cumpliendo con los procedimientos establecidos.

Las normas jurídicas sólo tienen el valor que les atribuye el Derecho Positivo; por lo tanto, si una norma es válida, lo será porque fue dictada conforme con los procedimientos establecidos por una norma superior siendo entonces el acto de creación un acto justo. La justicia acompaña necesariamente a la validez, de lo que resulta una contradicción afirmar la injusticia de una norma válida.

7.2. Alf Ross

La concepción de la justicia de Alf Ross está fuertemente caracterizada por un rasgo típico del emotivismo (al igual que la de Kelsen aunque en forma moderada). Como señala Atienza, Ross distingue dos aspectos de la idea de justicia:

- La justicia en sentido formal, caracterizada por la idea de igualdad, la exigencia de igual tratamiento a los seres pertenecientes a la misma categoría. Idea vacía que es consecuencia directa de la regulación general comprensiva de una cantidad indeterminada de casos similares; de allí que se hace preciso el análisis del segundo aspecto, dando a la justicia algún contenido a partir del cual sí será posible valorar como justa o injusta una determinada normatividad.
- La justicia en sentido material, compuesta por reglas que establecen criterios por los cuales serán valoradas las normas como justas o injustas,

por ejemplo, «a cada uno lo suyo», «a cada uno según su capacidad», etc., reglas que no son evidentes ni están fuera de discusión. En definitiva, dichas reglas, de las que se extraen criterios de valoración, «deben estar justificadas a la luz de sus consecuencias prácticas», tienen sentido en cuanto se las utiliza para caracterizar la decisión tomada por un juez o toda otra persona que aplique normas jurídicas.

Señala Ross que invocar la justicia es como dar un golpe en la mesa, sólo una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto, y así lo afirma, ya que todas las formas tendientes a explicar este concepto no son más que elementos de persuasión, pero jamás argumentos racionales. El problema de la justicia es, en definitiva, un problema de política, no de Filosofía del Derecho.

7.3. Herbert L. A. Hart

También distingue entre la justicia en la aplicación de las normas y la justicia de las normas del Derecho, pero considera que es posible, en función de la observación de rasgos característicos constantes del mundo y de los hombres, fijar y justificar racionalmente algunos contenidos mínimos de justicia, ciertas reglas de conducta que toda organización social debe contener para ser viable y que él denomina Contenido Mínimo de Derecho Natural. Es decir, a partir de ciertas características que tienen los hombres, tanto considerados en sí mismos como en la convivencia con los demás, Hart establece las mínimas normas con las que toda organización social debe contar para poder subsistir como tal, ellas son:

- *La vulnerabilidad humana*: los hombres son vulnerables a los ataques de los demás, lo que hace necesario algún tipo de reglas que restrinja el uso de la violencia, por ejemplo: la regla que establezca «no matar» para garantizar el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen cuando se asocian entre sí.
- *La igualdad aproximada de los hombres*: que determina que nadie es tan poderoso como para poder sojuzgar a los otros por un tiempo indefinido, ningún hombre es tanto más fuerte que los demás para mantener un sometimiento prolongado, siendo preciso que se establezca algún sistema de abstenciones y concesiones mutuas pero, como siempre habrá hombres que violarán tales restricciones, será necesario pasar de las formas simplemente morales a las formas jurídicas.
- *El altruismo limitado*: es la característica que determina que los hombres no son ni demonios ni ángeles, no plenamente buenos ni plenamente malos; en consecuencia, es preciso que existan reglas que prescriban ciertas restricciones a la libertad de los hombres. Con esta característica justifica Hart,

de una manera muy particular, la viabilidad de cierta organización jurídica, señalando que si los hombres fueran ángeles el Derecho no sería necesario; y si todos fueran demonios, sería, sencillamente, imposible.

- *La existencia de recursos limitados*: expresión con la que Hart refiere al «principio de escasez», como se lo denomina en economía, según el cual, los bienes de los que disponen los hombres en el mundo, para satisfacer sus necesidades, son escasos, no alcanzan, por lo que se hace necesario que se establezcan ciertas reglas que garanticen alguna forma mínima de propiedad, aunque no forzosamente de propiedad individual.
- *La comprensión y fuerza de voluntad limitadas*: característica que determina que no todos los hombres comprenden los intereses a los que obedecen las anteriores reglas y no todos tienen fuerza de voluntad para obedecerlas sin más. Es decir, sea porque algunos hombres no entienden las ventajas de las restricciones impuestas por dichas reglas, sea porque no tienen la voluntad de cumplirlas, las reglas anteriores siempre serán, en ocasiones, violadas, lo que hace preciso que sean acompañadas de sanciones para asegurar su cumplimiento.

El contenido de la justicia para Hart está constituido, entonces, por estas cinco normas necesarias en toda organización social.

8. EL APORTE DE JOHN RAWLS

La obra de John Rawls, *A Theory of Justice*, de filosofía moral y política, publicada en 1971, constituye una Teoría de la Justicia que pretende superar el intuicionismo, que entiende que la única vía para llegar al conocimiento de la justicia es la intuición, y el utilitarismo, para el cual la justicia depende de las consecuencias de las acciones o de las normas. Construye con ese propósito una nueva versión de la teoría del contrato social.

No sostiene que en alguna época histórica los hombres celebraron realmente un contrato social, sino que trata de establecer ciertas condiciones en que los hombres prestarían su consentimiento a determinadas formas de organización de modo de poder justificarlas sobre la base de ese consentimiento universal hipotético.

Su propósito, como claramente lo señala Atienza, es el de «justificar unos principios de justicia que puedan servir para establecer cuándo ciertas normas, instituciones sociales, etc., pueden considerarse justas o injustas».

En el caso de Rawls el objeto del contrato no es, como lo era en los autores que recogen la idea del contrato social, el establecimiento del Estado, sino la estipulación de ciertos principios de justicia que van a servir para evaluar las instituciones fundamentales o la «estructura básica» de una sociedad.

Rawls entiende por principios de justicia «aquellos principios que establecen criterios para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de los beneficios y cargas de la cooperación social».

Para llegar a establecer cuáles serían los principios de justicia que los hombres formularían por consenso, imagina una situación ficticia a la que llama posición originaria. La posición originaria es una reunión imaginaria de seres puramente racionales y autointeresados que sean libres para decidir e iguales. Estos hombres, que forman parte de la reunión, se encuentran tras un velo de ignorancia que les impide conocer las circunstancias particulares respecto de sí mismos, por ejemplo, su sexo, su raza, su edad, sus talentos, su posición social, sus aspiraciones últimas, sus preferencias, etc.; respecto de la sociedad en la que viven, no saben en qué lugar del mundo y en qué época de la historia se encuentran, a qué nivel de civilización, ni siquiera a qué generación pertenecen, con lo que se asegura la imparcialidad respecto de generaciones futuras.

Pero no ignoran acerca de leyes generales de índole social; los participantes se encuentran en lo que Rawls llama circunstancias de justicia o sea las circunstancias que hacen que tenga sentido ocuparse de la justicia. No debe haber ni extrema escasez de bienes, ni una gran abundancia, sino escasez moderada, los hombres deben ser aproximadamente iguales en poderes físicos y mentales y vulnerables a agresiones de otros, etc. Si bien los participantes desconocen qué es para ellos lo bueno, porque ignoran sus planes de vida, saben que hay ciertos bienes primarios, ciertos bienes que los seres racionales quieren cualquiera sea su plan de vida, estos son: derechos y libertades, oportunidades y poderes, ingreso y riqueza.

Estos hombres reunidos en estas condiciones, en que ignoran ciertas cosas y conocen otras –lo que asegura la imparcialidad y universalidad de la decisión–, deben deliberar y decidir por unanimidad cuáles son los principios que van a regir para juzgar las instituciones básicas de su sociedad. Los principios que allí se elijan serán los que los van a regir una vez vueltos a la vida cotidiana.

Tales principios deben cumplir ciertas condiciones formales en su formulación, deben ser generales, públicos, completos y finales.

Una vez estipuladas estas condiciones de la posición originaria, Rawls la pone en movimiento como si se tratara de un juego de transacciones en el que cada participante va proponiendo por turno un cierto principio para ser sometido al voto de los demás. Cada uno de los principios propuestos por los participantes es sometido a votación por los demás. El resultado de dicha deliberación y votación es que se han elegido y votado por unanimidad los siguientes principios de justicia:

Primer Principio: Cada persona debe tener un derecho igual al sistema global más extenso de libertades básicas (de conciencia, de expresión, contra

detenciones arbitrarias, de votar y ser elegido, etc.) que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos.

Segundo Principio: Las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas de modo tal que ellas satisfagan estas dos condiciones:

- deben ser para el mayor beneficio de los que se encuentran en la posición social menos aventajada (el llamado principio de diferencia).
- deben adjudicarse a funciones y posiciones abiertas a todos bajo una equitativa igualdad de oportunidades.

Rawls define también una regla de prioridad entre estos dos principios, según la cual, cuando se pasa cierto nivel mínimo de desarrollo económico, el primer principio tiene absoluta prioridad «lexicográfica» sobre el segundo, lo que quiere decir que debe satisfacerse completamente antes de pasarse a satisfacer el segundo.

9. LA JUSTICIA FORMAL: LA SEGURIDAD JURÍDICA

Señala Gregorio Peces-Barba que la seguridad jurídica, el primero de los valores de la ética pública que aparece como la expresión de la justicia formal, provee, además de certeza, una capacidad de previsión de las consecuencias de los actos propios y ajenos, al mismo tiempo que constituye una condición necesaria para la aparición de los restantes valores, como el orden, la libertad, la igualdad y la solidaridad. Es condición para los restantes valores porque la seguridad jurídica es la mínima condición para un orden libre, igual y solidario de la vida social que pueda garantizarse a los hombres.

La seguridad jurídica, destaca, al contrario de ser considerada como contrapuesta a la justicia, es hoy una dimensión de ésta, que actúa en tres ámbitos desarrollándose a través de principios de organización y producción normativa así como en derechos fundamentales. A partir de los diferentes ámbitos en los que actúa, es posible analizarla, como lo veremos a continuación, en su relación con el poder, con el sistema jurídico y con la sociedad.

9.1. La seguridad jurídica en su relación con el poder

La seguridad jurídica con relación al origen del poder está dada en función del establecimiento de procedimientos por los cuales se constituyen las instituciones y los órganos habilitados para crear normas. En cuanto al ejercicio de este poder, su justificación se da a través de procedimientos generales para la actuación de los diferentes operadores del derecho, como el principio de legalidad ya estudiado, la independencia del Poder Judicial, las garantías procesales, etc., que a la vez que garantizan el igual tratamiento de los des-

tinatarios de las normas jurídicas, robustecen derechos como el de defensa, el de no ser perseguido dos veces por el mismo hecho, el de procedimiento, el de contar con un juez natural preestablecido, etc.

En su relación con el poder «la seguridad la crea el Estado de Derecho, que racionaliza el uso de la fuerza por el poder (quién puede usarla, con qué procedimientos, con qué contenidos, con qué destinatarios y con qué límites). Se produce certeza, se permite saber a qué atenerse, se asegura y tranquiliza al ciudadano».

9.2. La seguridad jurídica en el ordenamiento

La seguridad jurídica vista desde el ordenamiento aparece como una característica del sistema que orienta a las normas en su proceso de creación y derogación así como en su interpretación y aplicación.

En cuanto a la elaboración y derogación de las normas del ordenamiento, la seguridad jurídica se produce por ciertos mecanismos jurídicos previamente establecidos por los cuales los operadores del derecho y los destinatarios tienen la posibilidad de identificar la validez de las normas, por ejemplo, el art. 5 del ccyc en cuanto al comienzo de su obligatoriedad; el art. 7 del mismo código en cuanto a su irretroactividad, entre otros.

La seguridad jurídica respecto de la interpretación y aplicación de las normas, a través del principio de la jerarquía normativa por el cual éstas se ordenan en una estructura escalonada que otorga mayor fuerza normativa a las normas superiores, genera una cadena de validez que determina que toda norma inferior deba necesariamente fundamentarse en las normas superiores del sistema.

El valor seguridad, desde esta perspectiva, favorece la coherencia del sistema, en tanto en función de esa jerarquía se evitan y, en su caso, resuelven los conflictos o antinomias, así como se logra la integridad del mismo, según principios que orientan la actividad judicial, como por los principios que establecen los criterios jerárquico, cronológico y de la especialidad en la solución de problemas de contradicciones de normas, la obligación del juez de recurrir a la analogía y demás principios y valores del derecho para resolver los problemas de falta de regulación legal de casos concretos, etc.

9.3. La seguridad jurídica en relación con la sociedad

Se considera aquí a la seguridad jurídica como uno de los objetivos del Estado social, es decir, como seguridad social, por la cual se elimine el temor y se cree confianza y esperanza en los individuos más desfavorecidos, a la vez que se les garantice la satisfacción de necesidades básicas a partir de un sistema

de derechos sociales con mecanismos de protección de la salud, la niñez, la vejez, la enfermedad, el trabajo, etc.

En estas tres dimensiones la seguridad jurídica actúa casi siempre vinculada con los otros valores. Así, nos dice el autor español, «en relación con el poder y con el Derecho, esta conexión es con el valor libertad. En el supuesto de la seguridad jurídica en el ámbito de la sociedad actúa conjuntamente con la libertad promocional, con la igualdad y con la solidaridad».

En síntesis, la seguridad jurídica, que se logra a través del derecho, implica la idea de previsión de las consecuencias de los actos, propios y ajenos, así como la estabilidad de los derechos, configurando la denominada certeza jurídica en virtud de que el cumplimiento de las normas está asegurado por el respaldo del aparato coactivo del Estado, que se pone en funcionamiento cada vez que el orden establecido se ve alterado.

10. EXIGENCIAS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO ARGENTINO

Después de analizar la seguridad jurídica como valor en sus diferentes dimensiones, vamos a profundizar en su operatividad práctica o, dicho de otro modo, veremos cómo funciona concretamente en el ordenamiento jurídico argentino.

10.1. La ignorancia de la ley y el error de derecho

Hemos mencionado en otras oportunidades el art. 8 del ccyc que establece el principio de inexcusabilidad, según el cuál «la ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico».

Se trata de una de las más importantes ficciones que encontramos en nuestro ordenamiento jurídico, por la que se establece que las leyes se reputan conocidas por todos. El hecho de que se pueda conocer la totalidad de las normas que integran un ordenamiento jurídico, o eliminar el error de derecho, es imposible; pero, si pudiéramos excusarnos de cumplir nuestras obligaciones, de reparar los daños causados, de cumplir con una pena por haber cometido un delito, etc., bajo la excusa de la ignorancia de la ley, podría lesionarse gravemente el valor seguridad jurídica, de allí la justificación del referido principio.

10.2. La autoridad de la cosa juzgada

Es ésta otra de las exigencias de la seguridad jurídica que determina la imposibilidad de nuevo examen sobre el fallo contenido en una sentencia definitiva.

Una sentencia es definitiva cuando contra ella no puede interponerse recurso alguno, ya sea por haber fenecido el plazo para interponerlo, ya sea porque se ha llegado a la última instancia. La cosa juzgada brinda certeza a las partes del juicio en el que se ha obtenido sentencia definitiva, acerca de que de ningún modo podrán revisarse ya los derechos y obligaciones surgidos de dicho pronunciamiento judicial.

Si las controversias fueran resueltas sólo de una manera provisional, sujetas siempre a que un fallo posterior resuelva en otro sentido, se daría una situación de inseguridad, ya que los derechos reconocidos en juicio carecerían de estabilidad.

10.3. La irretroactividad de las leyes

Como ya mencionáramos, el art. 7 del CCyC establece el principio de irretroactividad de las leyes en estos términos: «Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario».

Las leyes son irretroactivas, por regla general, porque a partir de su entrada en vigencia rigen hacia el futuro. La retroactividad es siempre excepcional, debe estar expresamente prevista legalmente y aun así no pueden verse afectados derechos amparados por garantías constitucionales.

El principio establecido constituye una exigencia de la seguridad jurídica porque si la publicación oficial es un requisito para la obligatoriedad de las normas (conforme el art. 5 del ccyc) y nadie puede excusarse de sus consecuencias alegando su ignorancia (conforme el principio de que las leyes se reputan conocidas, del art. 8 del ccyc), a nadie tampoco podrá imputársele la violación de un precepto que al tiempo de la realización del acto no existía como una norma vigente del ordenamiento jurídico.

10.4. Los derechos adquiridos

Son derechos adquiridos aquellos derechos concretados, ejercitados, capaces de ser demostrados en juicio, por ejemplo, el derecho de propiedad, la mayoría de edad, etc. Su preservación otorga certeza al sistema jurídico dado que, de este modo, los particulares tienen la seguridad de la estabilidad de los derechos de los que son titulares y cuentan con el respaldo del ordenamiento jurídico para el caso en que sean desconocidos o vulnerados.

10.5. La prescripción

La prescripción es un medio de adquirir un derecho, o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo. El Código Civil y Comercial regula detalladamente el tema en el Libro Sexto, donde trata las disposiciones comunes a los derechos personales y reales, entre las que prevee las dos clases, la prescripción adquisitiva y la liberatoria (arts. 2503 y siguientes ccyc).

No es esta la oportunidad para profundizar el tema, pero adelantaremos algunas nociones que permitan comprender cómo el paso del tiempo puede posibilitar la adquisición de un bien o extinguir un derecho o una obligación vencida que no ha sido satisfecha en su oportunidad sin adecuado reclamo del acreedor.

Señala el art. 1897 del ccyc que «la prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley».

Por su parte, la prescripción liberatoria puede ser articulada por vía de acción o excepción para repeler una acción por el sólo hecho de que el que la entabla ha dejado de intentarla durante un tiempo, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere.

Es decir, el transcurso del tiempo es fuente de adquisición o pérdida de derechos reales y personales.

Adquiere un derecho real por el transcurso del tiempo, por ejemplo, quien es poseedor de un inmueble con buena fe y justo título durante diez años continuos. Pero si se trata de una cosa mueble hurtada o perdida el plazo es de dos años (art. 1898 ccyc).

Mientras que se libera de una obligación por el transcurso del tiempo, por ejemplo, quien no ha sido demandado durante tres años por daños derivados de la la responsabilidad civil nacida de un accidente de tránsito (art. 2561 ccyc).

Como es fácil advertir, la finalidad legal de la institución de la prescripción tiende a lograr la necesaria certeza acerca de la titularidad de los derechos, imponiendo su ejercicio para que no se vean enervados y eventualmente adquiridos por un tercero, como exigencia de la seguridad jurídica en el ordenamiento.

10.6. La preclusión

La preclusión también se relaciona con el transcurso del tiempo y la titularidad de los derechos, pero exclusivamente en materia procesal. El proceso judicial está compuesto por un conjunto de etapas, a cada una de las cuales corresponde una determinada actividad que debe desempeñarse durante un tiempo establecido, concluido el cual precluye, caduca la posibilidad de hacerlo en lo sucesivo.

Por ejemplo, en todo proceso judicial, una vez que ha sido contestada la demanda por la parte accionada, se abre el período de prueba por un cierto lapso. Si una de las partes no produjo la prueba durante ese tiempo, en principio, ya no podrá hacerlo posteriormente, salvo casos especiales. Lo mismo ocurre con la interposición de recursos que, generalmente, debe hacerse durante los cinco días posteriores a la notificación de la sentencia que se cuestiona, vencido dicho plazo, ésta queda firme y pasa en autoridad de cosa juzgada.

11. LA JUSTICIA MATERIAL: LIBERTAD, IGUALDAD Y SOLIDARIDAD

Así como la seguridad jurídica es la expresión de la justicia formal, la libertad, la igualdad y la solidaridad son valores jurídicos que determinan el contenido del derecho y la justicia en cuanto configuran, al decir de Peces-Barba, la ética pública de la modernidad, de carácter liberal y democrático.

11.1. La libertad social, política y jurídica

La libertad es un corolario de la dignidad del hombre, en cuanto posibilidad de elección de su plan de vida, es decir, como componente de la ética privada. Pero, como señala el autor citado, la dimensión vinculada con la ética pública, que se incorpora al derecho positivo y marca sus fines y objetivos, es la libertad social, política y jurídica, la que interesa en esta exposición; por lo tanto debe distinguírsela de otras manifestaciones de la libertad, como la libertad de elección o psicológica, por la que el individuo elige su plan de vida, y la libertad moral o de autonomía moral, como meta que el sujeto aspira realizar. Ambas deben ser garantizadas y apoyadas por el sistema jurídico positivo, dado que conforman la dignidad humana, siempre que la propia opción no afecte las posibilidades de elección de los demás, no lesione las condiciones generales de la libertad, y pueda ser propuesta como modelo de comportamiento susceptible de ser garantizado por el derecho.

El derecho debe ser un medio o instrumento para defender las elecciones de los individuos mediante la consagración del valor central de la ética pública, la libertad social, política y jurídica. Como afirma Peces-Barba, ésta es la libertad:

- Para hacer lo que se quiera, es decir, la capacidad de elegir y decidir sobre el propio comportamiento, sin interferencia de los poderes públicos, de grupos de individuos o de particulares.

- Para poder hacer lo que se quiera, dado que es preciso contar con la satisfacción de las necesidades básicas radicales (hambre, enfermedad, etc.), de mantenimiento (alimentación suficiente, educación básica, trabajo, seguridad social, etc.) y de mejora (progreso, crecimiento, superación física, económica, cultural y social).
- Para intervenir en la formación de los criterios de decisión política, es decir, de lo que se debe hacer, consistente en la libertad de participación, que deben garantizar las normas de organización social, por ejemplo, a través del sufragio, el acceso a cargos públicos, el derecho de peticionar a las autoridades, etc.

11.2. La igualdad

Se trata de «un valor que completa el sentido de la libertad, que con su acción se convierte en libertad igualitaria o libertad para todos, y es un signo superador del privilegio... la libertad sin igualdad es insuficiente y la igualdad sin libertad, imposible. La igualdad se legitima y se justifica si potencia la libertad, y se detiene o pierde sentido cuando puede limitarla o perjudicarla».

Así entendida, el autor distingue la igualdad formal de la igualdad material. La igualdad formal es la que se sitúa en el ámbito del derecho y es tomada como base para la regulación de las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho, que sólo serán las personas físicas y aquellos grupos que, bajo ciertas condiciones, ellas crean. En función de esta igualdad formal, todos los sujetos de derecho, en cuanto destinatarios de las normas jurídicas, son tratados del mismo modo sin privilegios por el derecho.

La igualdad material, por medio de la libertad para poder hacer lo que se quiera (o libertad promocional), en cuanto exige que todos cuenten con las necesidades básicas satisfechas, es el instrumento para alcanzar la meta. En este sentido, cabe postular la igualdad de trato material como la capacidad inicial de todos para poder alcanzar los objetivos vitales propuestos. Para lograrlo, el Estado, como Estado social, exige el esfuerzo económico de la sociedad mediante la percepción de los impuestos y decide las prioridades de distribución del gasto, pudiendo intervenir con políticas adecuadas sobre reglas económicas establecidas, por ejemplo, las del libre mercado.

11.3. La solidaridad

La solidaridad es el valor por el cual, en una sociedad, los individuos se identifican con el destino de los demás, a partir de un sentimiento de suerte común de todos los miembros del grupo. Se trata de un valor que se realiza en la vida de relación conforme a una concepción política de la que el derecho

es vehículo. Peces-Barba concreta el sentido del concepto de la solidaridad estableciendo las siguientes características principales:

- Forma parte de la cultura política y jurídica democrática basadas en el reconocimiento del otro como prójimo y como miembro de la comunidad.
- Su objetivo es lograr una sociedad de la que todos se sientan participantes y puedan resolver sus necesidades básicas, autorizando a rectificar el principio de igualdad mediante medidas discriminatorias en favor de los más débiles.
- Contribuye al diálogo interpersonal que permita elevar un proyecto moral a ley general superando la pura individualidad.
- Fundamenta los derechos en forma indirecta, es decir, mediante los deberes, lo que permite extender la solidaridad a las generaciones futuras.
- Fundamenta derechos como los relativos al medio ambiente, así como los de aquellos que se encuentran en situación de inferioridad (discapacitados, ancianos, niños, etc.).
- Permite robustecer las ideas de humanidad y desarrollo que posibiliten la generalización de los derechos con sentido universal.
- Finalmente, el valor solidaridad resulta clave para la aplicación e interpretación de los derechos, tanto por sus titulares como por aquellos que tienen competencia para garantizarlos, prefiriendo el ejercicio solidario de los derechos a su empleo egoísta, en dirección al respeto de los derechos de los demás.

12. LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos son principios universalmente válidos, generalmente reconocidos y garantizados por los distintos ordenamientos jurídicos, que toda persona detenta frente al Estado para impedir cualquier interferencia en la dimensión de su autonomía personal y social, así como para obtener de aquél la satisfacción de necesidades básicas inherentes a su dignidad personal.

Mucho se ha polemizado desde diversas perspectivas ideológicas, políticas y filosóficas que concurren a construir el concepto de los derechos humanos. Lejos de proponernos el agotador cometido de su explicitación, por lo demás impropia de este texto, es necesario destacar en el ámbito de los estudios de derecho la vertiente que consiste en la proyección de los derechos humanos en normas positivas.

El reconocimiento positivo de los derechos humanos es una de las más grandes conquistas de la humanidad y la lucha por su consolidación no puede detenerse. Pero no es suficiente la positivización de los derechos humanos, dado que no puede estar explicitada toda situación en el derecho positivo y, a veces, el hecho de que efectivamente esté reconocido en el derecho interno

un derecho humano no garantiza necesariamente su respeto cuando, como diría Nino, está involucrada la propia «maquinaria que concentra el monopolio de la coacción o supone la injerencia de potencias extranjeras». Esta es «la forma más perversa y brutal» de desconocimiento a los derechos humanos y frente a este tipo de lesiones «es prácticamente vana su homologación por el derecho positivo, ya que las normas respectivas pierden vigencia con la misma violación generalizada e impune y son generalmente reemplazadas por otras que amparan jurídicamente tales lesiones».

De allí que sea necesario acudir a la moralidad para afianzar la significación y asegurar la construcción de tales derechos, con lo que puede considerarse consagrada la tesis mayoritaria según la cual los derechos humanos son independientes de su declaración en documentos escritos.

Hay acuerdo, también, en la dimensión de los derechos humanos en la ética pública, que trasciende a las jurisdicciones estatales internas para exigir el respeto y la consideración universal, como principios indiscutibles de justicia generados a partir del consenso de los pueblos y el reconocimiento de sus sistemas jurídicos.

12.1. Su positivización y concreción en el Estado democrático

No obstante lo expuesto, aparece inexcusable la necesidad de la determinación positiva de los derechos humanos, tarea nunca concluida. Se descubren en numerosas disciplinas jurídicas como el derecho internacional, constitucional, civil, penal, laboral, procesal. Cada rama jurídica hace su aporte a la consolidación de los derechos humanos, desde diversas normas e instituciones, que se originan en los órganos de producción normativa de derecho escrito, consuetudinario, jurisprudencial (tribunales nacionales e internacionales) y doctrinario (pensadores y organismos defensores de los derechos humanos).

El derecho internacional aparece como una de las más importantes fuentes de los derechos humanos. Eduardo García de Enterría señala que el derecho internacional de los derechos humanos es «el conjunto de reglas de derecho internacional que reconocen e intentan proteger los derechos de la persona en cuanto que sujeto titular de situaciones jurídicas dentro del ámbito material de los que se consideran como derechos o libertades fundamentales».

Dejando de lado algunos precedentes históricos, la concepción moderna de los derechos humanos tiene su origen positivo en las declaraciones americanas y francesas del siglo XVIII, que constituyen la plasmación jurídica de la filosofía racionalista liberal. Sin embargo, es en el siglo XX cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, el 10 de diciembre de 1948, cuando, como diría dicho autor, «finaliza

la prehistoria del derecho internacional de los derechos humanos y comienza su verdadera historia».

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* acepta la concepción liberal e individualista del hombre, que matiza con la incorporación, menos elaborada, de los derechos económicos, sociales y culturales.

Posteriormente, las Naciones Unidas avanzan en la promulgación de nuevos textos, fruto de la conciencia internacional. De allí surgirán los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como un Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, división que se corresponde con las dos concepciones ideológicas vigentes. Dichos pactos constituyen verdaderos convenios internacionales –con fuerza obligatoria– y contienen sistemas de protección efectiva de los derechos consagrados.

También en América se progresó en el ámbito de los derechos humanos, centrados en la dignidad de la persona, cuando el 22 de noviembre de 1969 fue firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, llamada Pacto de San José de Costa Rica, aprobada en nuestro país por Ley 23.054 de 1984 y ratificada el 5 de septiembre de ese año, con lo que se encuentra integrada al derecho interno, como los restantes pactos mencionados, y obliga al Estado a darles pleno cumplimiento.

En el derecho constitucional, la Constitución Argentina de 1853, en tanto define una filosofía de la libertad, ha inspirado la plasmación de un sistema positivo de reconocimiento de los derechos humanos. En la parte dogmática, nuestra Constitución situó al hombre como núcleo al que debe posibilitarse el desarrollo de su personalidad y dignidad. En la parte orgánica, los constituyentes han diseñado una estructura de poder democrático y republicano de funciones repartidas, competencias limitadas y control mediante órganos independientes que constituyen el Poder Judicial, organización política consistente con aquella parte dogmática, en tanto es garantía de la libertad y los derechos de la persona humana, y que contiene al poder para evitar se desmesure en perjuicio de ámbitos propios de la libertad que se reconoce.

En 1994, al reformarse la Constitución Nacional se ha introducido una de las innovaciones más importantes: se reconoce jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos que expresamente se enumeran, entre los que se encuentran los pactos y declaraciones pre mencionados, entre otros, así como se habilita, por medio de un procedimiento específico, a que otros tratados de igual materia adquieran en el futuro esa jerarquía constitucional.

Así ocurrió, como ya lo señaláramos en el Capítulo X, con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y con la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la Organización de

las Naciones Unidas. Ambas convenciones poseen jerarquía constitucional desde la sanción de las Leyes 24.820 y 25.778, respectivamente.

Por ley 27.044, promulgada el 11 de diciembre de 2014, ha sido otorgada jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la CN a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 13 de diciembre de 2006.

En el ámbito del derecho civil, la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación por ley 26.994, del 1ro. de octubre de 2014, vigente desde el 1ro. de agosto de 2015, en reemplazo del Código Civil de 1869, teniendo en cuenta los cambios culturales y, de modo muy especial, la reforma constitucional de 1994, renovó sustancialmente la concepción legalista e individualista imperante con el fin de consolidar un sistema de derecho civil coherente con las renovaciones normativas y los nuevos tiempos sociales.

Como hemos señalado, la reforma de la Constitución Nacional de 1994 incorporó los Tratados de Derechos Humanos otorgándoles a muchos de ellos jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), generando un bloque de constitucionalidad que implicó profundas modificaciones en la consideración de las fuentes del derecho y la interpretación jurídica, tanto en la esfera del derecho público como privado, en la medida que representó un verdadero cambio de paradigma que dejó de centrar al derecho en la ley.

En su proyección al derecho privado, ya hemos tenido oportunidad de mencionar el Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuyo Capítulo I, el art. 1ro. establece las fuentes del derecho y sus formas de aplicación, siempre «conforme con la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos en los que la República sea parte». Asimismo, el art. 2do. prevee que la interpretación jurídica se realice teniendo en cuenta «las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento», entre otras pautas interpretativas.

El referido Título Preliminar revela una significación jurídica que alumbró a la totalidad de las disposiciones del cuerpo normativo civil y, dada su posición nuclear sobre la materia, sus principios se irradian hacia la totalidad del ordenamiento jurídico, con especial referencia a la posición del juez en todo acto de aplicación de las fuentes del derecho y su interpretación, actuando como garante del cumplimiento irrestricto de las normas de más alta jerarquía.

Es también enérgica la protección de los derechos humanos derivada del derecho penal que, contribuyendo a consolidar la normativa constitucional, sanciona apropiadamente las lesiones originadas en su violación, constituyéndose en un resguardo de los valores que sustentan los referidos derechos. Desde la reanudación de la vida democrática argentina, con la sanción de la Ley 23.077 en 1984, bajo la rúbrica elocuente de «atentados al orden consti-

tucional y a la vida democrática», se han incorporado disposiciones como el art. 226 del Código Penal, que reprime a quienes se alzan en armas contra el orden constitucional, agravando la pena en razón de las finalidades perseguidas, entre las que se encuentra «abrogar los derechos fundamentales de la persona humana», que se incrementa en un tercio más en caso de conducción militar de la acción.

Deben destacarse, asimismo, las modificaciones al Código Penal introducidas en materia de torturas (Ley 23.097, de 1984), así como la Ley 23.592 sobre actos discriminatorios dictada en el mismo año.

Los delitos contra los derechos humanos se caracterizan, generalmente, porque el sujeto activo de la infracción es un funcionario público, lo que lesiona doblemente el orden jurídico por tratarse de un abuso de poder realizado por quien tiene la obligación de resguardar los derechos de las personas.

A las garantías sustanciales antes vistas cabe agregar las garantías procesales de los derechos humanos, como, por ejemplo, el derecho al debido proceso y los recursos de amparo y hábeas corpus, entre otras no menos significativas protecciones con que el derecho adjetivo satisface las exigencias de ética pública con relación a los derechos fundamentales.

Ha sido muy relevante también la labor jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del año 2004, con el dictado de fallos declarando la nulidad de las llamadas «Leyes del perdón», conocidas como de «Obediencia debida» y «Punto final», así como sobre la configuración de los crímenes de lesa humanidad y su imprescriptibilidad (Fallos «Arancibia Clavel», «Lariz Iriondo», «Derecho», «Simón» y «Mazzeo»). Dichos pronunciamientos, fruto de una elaborada interpretación de textos del más alto nivel normativo, han posibilitado la investigación judicial de los delitos contra los derechos humanos cometidos por autoridades públicas durante la dictadura militar que sufrió el país entre 1976 y 1983, año este último en que fue restablecida la vigencia de la Constitución Nacional y con ella el Estado de Derecho, la democracia y el respeto a los derechos fundamentales.

La lucha por la conquista de los derechos humanos es la lucha por la dignidad del hombre, y seguramente no tendrá fin. Es una actividad inconclusa porque diariamente se hace palpable, en algún lugar, un caso de desconocimiento o menoscabo. A los estudiantes de derecho corresponde, en mayor medida, mantener y desarrollar tal cometido.

Anexo I

Actividades

CAPÍTULO I

- 1) **Identificar en qué acepción está usada la palabra derecho en las siguientes afirmaciones:**
 - a) El derecho a trabajar en condiciones dignas está reconocido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional.
 - b) No hay derecho a que grupos numerosos de nuestra sociedad carezcan de trabajo.
 - c) El Derecho del Trabajo se encuentra en la actualidad en permanente reelaboración legislativa.
 - d) El art. 14 bis de la Constitución reúne importantes normas garantizadas de los derechos del trabajador.

- 2) **¿En qué perspectiva se ubica la siguiente definición de derecho?**

«Es una forma de vida social en la cual se realiza un punto de vista sobre la justicia que delimita las respectivas esferas de licitud y deber, mediante un sistema de legalidad, dotado de valor autárquico.» (Legaz Lacambra)

- 3) **Marcar con una cruz la opción que completa correctamente la siguiente afirmación: Por uso operativo del lenguaje se entiende la utilización del lenguaje para:**
 - a) formular un consejo;
 - b) realizar una acción;
 - c) influir en la decisión de alguien;
 - d) requerir alguna información.

- 4) **Completar la lista de elementos de las normas sobre la base de la siguiente disposición legal:**

Art. 162 del Código Penal: «Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena».

Elementos:

Carácter:

Contenido:

Condiciones de aplicación: Autoridad:

Sujeto normativo:

Ocasión espacio-temporal:

Promulgación:

Sanción:

5) ¿Cuál es el elemento que permite diferenciar claramente una norma jurídica del resto de las prescripciones?

6) ¿En qué sentido puede utilizarse la expresión «conceptos conjugados» para referirnos a Derecho y Estado?

7) Marcar cuál de las afirmaciones siguientes es atribuible al iusnaturalismo:

- a) Los jueces no deben fundar sus decisiones en el derecho positivo.
- b) Sostener la existencia del derecho natural retrasa el desarrollo de la ciencia.
- c) El único derecho existente es el positivo.
- d) La justicia es la condición necesaria para que el derecho sea verdaderamente un medio para el bien común.

8) ¿Cómo se denomina al tipo de positivismo que se infiere del siguiente texto?

«La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo» (Kelsen).

9) Señalar cuál es la afirmación correcta entre las siguientes: Las doctrinas positivistas se caracterizan porque:

- a) Entienden que el derecho positivo está subordinado a un derecho superior.
- b) El derecho positivo establece sanciones y esto lo diferencia de los demás órdenes normativos.
- c) El derecho positivo es siempre justo.
- d) El derecho natural es el fundamento del derecho positivo.

10) Determinar si el siguiente texto fue escrito por un autor iusnaturalista o positivista:

«Un concepto de derecho que permite distinguir entre la invalidez de las normas jurídicas y su inmoralidad, nos habilita para ver la complejidad y variedad de estas distintas cuestiones; mientras que un concepto restringido que niega validez jurídica a las reglas inicuas puede cegarnos frente a ellas».

CAPÍTULO II

1) Mencionar tres modelos de ciencia jurídica o paradigmas dominantes en diferentes momentos históricos de la evolución del pensamiento jurídico.

2) Marcar con una cruz el ítem que complete correctamente la siguiente afirmación: Caracterizamos a la Dogmática Jurídica porque:

- a) Es un saber totalizador sobre el derecho.
- b) Se circunscribe al estudio de las normas positivas.
- c) Su objeto es extraer los principios comunes a cualquier ordenamiento jurídico.
- d) Las teorías que elabora no admiten refutación alguna.

3) Indicar la respuesta correspondiente a la siguiente pregunta:

¿Cuál es el propósito de la Teoría General del Derecho?

- a) Estudiar los contenidos normativos de una rama del derecho.
- b) Estructurar y sistematizar los elementos comunes a las distintas ramas del derecho.
- c) Formular relaciones concretas entre diversas normas.
- d) Comparar determinadas normas de diferentes ordenamientos jurídicos para modificar las existentes.

- 4) Ordenar las siguientes disciplinas teniendo en cuenta su grado de abstracción:**
Derecho Comparado Dogmática Jurídica Teoría General del Derecho.
Abstracción mayor: Abstracción intermedia: Abstracción menor:
- 5) Indicar a qué disciplina de la ciencia del derecho se alude en el siguiente párrafo:**
«la tarea específica a la que se abocaron fue la formulación de una parte general de aquellos conceptos generales válidos no sólo para las diversas partes o ramas de un ordenamiento jurídico sino también para los diversos órdenes jurídicos históricamente dados. Se interesaba, pues, especialmente, en conceptos como los de norma jurídica, derecho subjetivo, deber jurídico, etc.».
- 6) Completar con la opción correcta la siguiente afirmación:**
La Sociología del Derecho es importante para el legislador porque:
a) Le permite indagar las normas vigentes en un ordenamiento jurídico extranjero.
b) Le facilita el estudio de las relaciones de deductibilidad entre proposiciones.
c) Le posibilita conocer la realidad socio-cultural del grupo social hacia al que será destinada la ley proyectada.
d) Le amplía la visión sobre las motivaciones interiores de las personas.
- 7) ¿A qué dificultad de la Filosofía del Derecho aluden las irónicas palabras de Enrico Páttaro que reproducimos?**
«La Filosofía del Derecho es, académicamente hablando, una caja de Pandora, en la que cualquiera que tenga la fortuna (o la desgracia, dependiendo de parámetros de valoración y en determinados casos de los honorarios) de ser etiquetado de alguna manera como cultivador de la misma, pueda emplazar lo que más le agrade: metafísica o sociología, historia o análisis del lenguaje, teoría general de la ciencia o pensamiento político, estructuralismo o derecho comparado».
- 8) Marcar entre los siguientes temas los que tienen carácter filosófico.**
a) El concepto del derecho.
b) El análisis de los reclamos de políticas transformadoras en el área de la seguridad pública.
c) La relación entre derecho y moral.
d) El previsible incremento de la desocupación laboral.
e) La posibilidad del conocimiento científico del derecho.
f) La unificación de normas del derecho civil con disposiciones análogas del derecho comercial.

9) Enunciar la diferencia que existe entre la Teoría del Derecho (Ontología) y la Teoría General del Derecho.

10) ¿En qué problema o interrogante filosófico sobre el derecho se ubica el tema que surge del siguiente texto de Carlos S. Nino?

«No obstante la opinión corriente de que la democracia es el sistema de gobierno que más disminuye la probabilidad de desvíos morales y que goza de una legitimidad moral tal que cubre con un manto de obligatoriedad aquellos desvíos morales en que pueda incurrirse, hay serias disidencias, y un sentimiento generalizado de insatisfacción, a la hora de articular razones en apoyo de esta opinión».

CAPÍTULO III

1) Responder:

- a) ¿Por qué la persona humana no debe ser usada como medio?
- b) Mencionar ejemplos de uso de personas en beneficio o interés de otras.

2) Definir los aspectos de la acción o conducta humana.

**3) Marcar la opción correcta que completa la siguiente afirmación:
Las leyes físicas se diferencian de las normas de conducta porque:**

- a) Son enunciados formulados por los científicos para provocar fenómenos.
- b) Su validez depende de su confirmación por hechos de experiencia.
- c) Ponen en evidencia formas de alcanzar determinados objetivos.
- d) Su finalidad es describir relaciones futuras.

4) ¿En cuál de las tres tesis con que sintetizamos la relación entre moral y derecho se ubica el siguiente texto de Alf Ross?

«El problema de la relación entre el derecho y la moral no puede ser planteado como si se tratara de una comparación entre dos sistemas de normas análogos. En lugar de ello hay que mostrar cómo está relacionado el sistema institucional del derecho con las actitudes morales individuales que predominan en la comunidad jurídica. Es obvio que tiene que haber un grado considerable de armonía entre uno y otras. Porque uno y otras están arraigados en valoraciones fundamentales comunes, en la tradición de la cultura de la comunidad... Por otra parte, hay diferencias típicas que traen como resultado que sea difícil hacer una comparación real entre el derecho y la moral. Las reglas jurídicas tienden a quedar fijadas en conceptos dirigidos a alcanzar certeza y objetividad en la administración de justicia... Pero las actitudes morales resultan de la reacción del individuo en situaciones concretas».

5) Considerar la consigna anterior para aplicar al siguiente texto de Giorgio del Vecchio:

«Derecho y Moral, siendo una y otra parejamente normas de conducta, deben tener un fundamento común. Puesto que la conducta humana es única, se sigue que las reglas que la determinan deben ser coherentes entre sí (no contradictorias). Entre Derecho y Moral existe distinción, pero no separación y muchísimo menos antítesis. Cierto que el Derecho permite muchas cosas que la Moral prohíbe; pero esto no implica contradicción de ninguna clase. Habría contradicción sólo si el Derecho mandase hacer algo que estuviera prohibido por la Moral, pero esto, en un mismo sistema, no sucede ni puede suceder jamás».

6) Mencionar

- a) tres conductas permitidas por el derecho y prohibidas por la moral.
- b) tres conductas prohibidas por la moral que el derecho imponga como obligatorias (indagar en la historia o imaginarlas).
- c) Formular una opinión en relación con la siguiente situación: En los países donde el aborto no es considerado delito, ¿están los médicos de hospitales públicos jurídicamente obligados a practicarlo?

7) Escribir una sintética reflexión acerca de la actividad judicial.

¿Considera que los jueces al decidir los casos sometidos a su juzgamiento, sobre todo en materias de importancia constitucional y gran trascendencia social, tienen que ponderar y balancear entre diversos valores morales, además de las normas directamente aplicables?

8) Seleccionar una opción: Sostenemos que la norma jurídica es bilateral porque:

- a) En toda relación hay dos partes.
- b) El acto de un sujeto debe concordar con los intereses de otro.
- c) Lo preceptuado ha sido emitido por un sujeto distinto del destinatario.
- d) Frente al obligado jurídicamente hay un sujeto que puede exigirle el cumplimiento del deber.

9) Diferenciar los conceptos de coerción y coacción.

10) Marcar a cuál de los siguientes autores asignaría el texto que se transcribe a continuación acerca de las reglas del trato social:

«Las normas de cortesía, de decencia, de etiqueta, de decorum (al que hizo particular referencia Tomasio) no son en rigor especies autónomas de normas, sino que entran necesariamente en una u otra de las dos categorías antedichas (moral y derecho). Tales normas son, en rigor, si bien se mira, partes secundarias o subespecies de la moral, y precisamente (en cuanto se reflejan

en la costumbre) de la moralidad positiva. El hecho de que tales normas sean de menor importancia que otras de la misma moral, no significa que tengan una naturaleza lógica diferente».

- a) H. L. A. Hart
- b) R. V. Ihering
- c) C. S. Nino
- d) G. del Vecchio
- e) L. Recasens Siches

CAPÍTULO IV

- 1) Marcar como verdadera o falsa las siguientes afirmaciones.**
 - a) Las normas jurídicas son expresiones de un metalenguaje.
 - b) Las proposiciones normativas prescriben conductas entre sujetos de derecho.
 - c) Las proposiciones normativas son descripciones de normas jurídicas.
 - d) Las proposiciones normativas pueden ser justas o injustas.
 - e) Las normas jurídicas pueden calificarse de verdaderas o falsas.

- 2) Construir un ejemplo de proposición normativa.**

- 3) Sustituir el esquema «Si es A deber ser B», por el enunciado de una norma de conducta de derecho penal y marcar con su denominación sus elementos estructurales.**

- 4) Enunciar la norma secundaria (en la terminología de Kelsen) que corresponde a la siguiente norma primaria:**

Art. 282 del Código Penal: «Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que falsificare moneda que tenga curso legal en la República y el que la introdujere, expendiere o pusiere en circulación».

- 5) Indicar a qué tipo de reglas pertenecen las que se transcriben a continuación conforme la distinción propuesta por Hart:**

Art. 239 del Código Penal: «Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal».

Art. 54 de la Constitución Nacional: «El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos. Cada senador tendrá un voto».

Art. 244 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de Santa Fe:
«La sentencia debe contener bajo pena de nulidad:

- 1) El lugar y fecha en que se dicte;
- 2) El nombre y apellido de las partes;
- 3) La exposición sumaria de los puntos de hecho y de Derecho en la primera instancia;
- 4) Los motivos de hecho y de Derecho, con referencia a la acción deducida y derechos controvertidos;
- 5) La admisión o el rechazo, en todo o en parte, de la demanda y, en su caso, de la reconvención;
- 6) La firma del juez o miembros del tribunal.».

6) Mencionar qué tipos de enunciados se pueden encontrar en el ordenamiento jurídico según Alchourrón y Bulygin.

7) Indicar la diferencia existente entre directrices y principios en la concepción de Dworkin.

8) Marcar la opción que correctamente complete la siguiente afirmación: Dworkin reacciona contra la posición de Hart porque:

Es insuficiente para identificar directrices y principios.

Divide las normas en reglas primarias y secundarias.

Plantea una concepción excesivamente formalista y abstracta.

En su sistema no tienen cabida las normas consuetudinarias y jurisprudenciales.

9) Marcar la opción verdadera para completar esta afirmación: Una norma es supletoria o dispositiva porque:

a) Faculta a la realización de un acto o su omisión.

b) Ha sido promulgada conforme con el procedimiento establecido.

c) Deja en libertad a los destinatarios para regular sus propias relaciones y sólo se aplica en caso que no lo hagan.

d) Regula un número indeterminado de casos.

10) Marcar la opción que corresponda para completar esta afirmación: Una norma es válida formalmente porque:

a) Su contenido no es incompatible con una norma jerárquicamente superior.

b) Ha sido dictada por la autoridad competente siguiendo un procedimiento preestablecido.

c) Se corresponde con los valores sociales predominantes.

d) Es cumplida por los destinatarios y la autoridad competente la hace valer en caso de incumplimiento.

CAPÍTULO V

1) Indicar con una cruz cuáles son los caracteres que corresponden a la noción de «acto jurídico»:

- ilícito
- voluntario
- natural
- realizado sin el propósito de provocar efectos jurídicos
- lícito
- involuntario
- realizado con el propósito de provocar consecuencias jurídicas.

2) Marcar con una cruz las opciones correctas:

El testamento es un acto:

- unilateral
- bilateral
- entre vivos
- mortis causa
- oneroso
- gratuito

El contrato de locación es un acto:

- unilateral
- bilateral
- oneroso
- gratuito
- de administración
- de disposición

3) Analizar la siguiente situación:

Juan celebra un contrato con José y le entrega mil pesos. Éste debe devolver mil doscientos pesos a los dos meses.

Indicar cada uno de los elementos de la relación jurídica establecida entre Juan y José.

4) Definir «situación jurídica» y describir la situación jurídica propia.

5) Identificar a cuál de las doctrinas acerca del «derecho subjetivo» pertenece esta reflexión:

«El derecho a disponer libremente de las cosas propias, lo mismo que el derecho a la conducta no prohibida, no es otra cosa que el reflejo subalterno de las normas que estatuyen deberes jurídicos. El contenido jurídicamente relevante de toda expresión afirmativa de tal derecho subjetivo, agótase en el establecimiento del deber jurídico de otro de abstenerse de toda intervención en 'mis' cosas, las cuales se hacen 'mías' precisamente en virtud de ese deber;

jurídicamente aparece, pues, un derecho frente a las cosas, un derecho de usar, abusar, etc., de las cosas. Pero cuando se afirma: yo tengo derecho a respirar, a trabajar, a pasear, a amar, etc., no quiere decirse sino que no existe ninguna norma jurídica que me obligue a lo contrario».

- 6) Responder a qué categoría pertenece la facultad de una persona de instalar un comercio de venta de indumentaria deportiva, atendiendo a la clasificación de los derechos subjetivos.**
- 7) Marcar con una cruz las opciones correctas respecto de la siguiente afirmación: «Tengo derecho a editar y publicar libremente mis ideas sobre el modelo económico». Se trata de un derecho subjetivo:**
 - público
 - privado
 - absoluto
 - relativo
 - de la personalidad
 - real
 - intelectual
 - de familia
 - creditorio
- 8) Enumerar las propiedades de la sanción jurídica.**
- 9) Indicar en qué se distinguen las sanciones penales de las sanciones civiles.**
- 10) Enunciar cinco ejemplos de sanciones jurídicas, tanto positivas como negativas.**

CAPÍTULO VI

- 1) Indicar cuál es la razón principal por la que Kelsen sostiene que la moral es un sistema estático.**
- 2) Marcar la opción verdadera que complementa la siguiente afirmación:**

El rasgo de la sanción institucionalizada caracteriza al ordenamiento jurídico y no a la norma aisladamente considerada porque:

 - a) El ordenamiento jurídico contiene la totalidad de las normas y principios.
 - b) El ordenamiento jurídico contiene enunciados sancionatorios de diversos tipos.

- c) No todas las normas contienen sanción pero basta que exista una norma sancionatoria para calificar de jurídico a un sistema normativo.
- d) En el ordenamiento jurídico no pueden coexistir normas incompatibles entre sí.

- 3) **Efectuar la gradación normativa del orden jurídico argentino.**
- 4) **Establecer el enunciado y la función de la «norma fundamental» en la concepción de Kelsen.**
- 5) **Enunciar la denominación de Hart a la norma que cumple una función equivalente a la norma fundamental a que refiere el autor citado en la actividad anterior.**
- 6) **Seleccionar entre los criterios que se mencionan a continuación cuáles son los que permitirían superar una antinomia entre normas de igual jerarquía:**
 - a) criterio de oportunidad
 - b) criterio axiológico
 - c) criterio cronológico
 - d) criterio del juez interviniente
 - e) criterio racional
 - f) criterio jerárquico
 - g) criterio de la especialidad
 - h) criterio epistemológico.
- 7) **Indicar qué requisitos de forma y contenido debe reunir una norma inferior para ser considerada válida.**
- 8) **Señalar a qué tema corresponde el siguiente texto:**

«Las costumbres internacionales incluyen una norma que se suele llamar ‘principio de efectividad’, la cual prescribe que se reconozca todo régimen que durante un tiempo prudencial ejerza el control coactivo en un cierto territorio. Es decir que esta norma cumple la misma función que Kelsen asigna a la norma fundamental de los derechos nacionales, o sea que da competencia para dictar normas al grupo de personas que, sin estar autorizadas por ninguna norma positiva del sistema, tiene éxito en establecer normas originarias eficaces».
- 9) **Indicar, según la concepción de Kelsen, qué norma del derecho internacional fundamenta la validez de los tratados entre Estados.**
- 10) **Diferenciar tres tipos de relaciones entre dos ordenamientos jurídicos aplicando el criterio de la diferente extensión de sus ámbitos de validez.**

CAPÍTULO VII

- 1) El ccyc emplea la expresión «Fuentes y aplicación» en su art. 1ro. Enumere los medios que menciona para resolver los casos que el Código rige.
- 2) Definir la importancia de la Constitución Nacional desde los siguientes puntos de vista:
 - a) Estructural
 - b) Ideológico
- 3) Clasificar los órganos de producción normativa.
- 4) Enlazar, mediante flechas, cada órgano normativo con la denominación correspondiente a su producción:

| | |
|---------------------------------|---------------------------------|
| Convención constituyente | Ley |
| Poder Ejecutivo | Decreto |
| Poder Legislativo | Constitución |
| Poder Judicial | Ordenanzas |
| Concejos deliberantes | Sentencias |
| Intendentes municipales | Costumbre jurídica |
| Grupos sociales indiferenciados | Convención colectiva de trabajo |
| Grupos orgánicos | Negocio jurídico |
| Individuos municipal | Decreto |

- 5) Marcar las opciones correctas que complementan la siguiente afirmación: Denominamos ley en sentido restringido o estricto a:
 - Una disposición de contenido general emanada de autoridades municipales.
 - Un conjunto de normas individuales que inductivamente pueden conducirse a un principio general.
 - Una norma obligatoria de derecho escrito.

- Un instrumento emanado del Poder Legislativo siguiendo procedimientos establecidos.
- 6) **Establecer la corrección de los siguientes enunciados:**
 - El Congreso nacional es competente para dictar normas generales.
 - El Poder Judicial, al resolver un caso concreto, emite una norma individual.
 - El Poder Legislativo es competente para dictar normas individuales.
 - Los individuos que constituyen la población del Estado pueden emitir normas generales y particulares.
 - 7) **Enunciar y proporcionar una breve noción de las diferentes etapas del proceso legislativo nacional.**
 - 8) **Diferenciar derogación y enervación.**
 - 9) **Enunciar la noción de codificación y sus ventajas y desventajas.**
 - 10) **Distinguir los diferentes tipos de decretos y reglamentos que puede dictar el Poder Ejecutivo Nacional.**

CAPÍTULO VIII

- 1) **Definir el proceso judicial y las etapas que lo componen.**
- 2) **Definir la sentencia y los requisitos que debe contener.**
- 3) **Distinguir los dos modos de producción de jurisprudencia.**
- 4) **Enunciar las técnicas de unificación de jurisprudencia contradictoria.**
- 5) **Marcar la opción correcta que complementa la siguiente afirmación: El valor del precedente en el derecho anglosajón está dado porque:**
 - a) Es un método de unificación de jurisprudencia contradictoria.
 - b) Los jueces deben resolver las controversias con el criterio trazado por los que entendieron en casos similares con anterioridad.
 - c) Se trata de fallos dictados por los órganos jurisdiccionales más importantes del país.
 - d) Son fallos que no admiten impugnaciones ante tribunales superiores.
- 6) **Distinguir los elementos de la costumbre jurídica.**

- 7) **Diferenciar convencionalismos sociales de costumbre jurídica.**
- 8) **Enunciar ventajas y desventajas de la costumbre jurídica en su comparación con el derecho escrito.**
- 9) **Clasificar la costumbre jurídica en relación con la ley.**
- 10) **Justificar por qué tradicionalmente la doctrina se considera fuente del derecho.**

CAPÍTULO IX

- 1) **Efectuar una reflexión escrita acerca del siguiente texto de Julio Cueto Rúa:**

«Cuando se dice que sentencia es la decisión de un juez poniendo término a un litigio, se puede querer aludir tanto al hacer mismo del Juez, cuanto a lo hecho por el Juez. Lo que el Juez hace es tomar conocimiento de un conflicto de intereses, escuchar a las partes, observar las pruebas que producen en apoyo de sus pretensiones, estudiar el Derecho aplicable, y determinar cuál es la conducta recíprocamente debida por las partes. Lo que el Juez deja hecho con su deber es una manifestación expresa, generalmente escrita, señalando qué prestación debe una de las partes hacia la otra, o bien, qué sanción se debe sufrir por el demandado o acusado».

- 2) **Definir el término «aplicar» en sentido amplio y estricto.**
- 3) **Establecer en qué consiste la operación de «reconstrucción intelectual del hecho» que efectúa el juez en la aplicación jurídica.**
- 4) **Mencionar los criterios empleados para solucionar las incompatibilidades normativas.**
- 5) **Expresar la idea principal que se infiere del siguiente texto de Rafael de Asís:**

«En la tradición jurídica la aplicación del Derecho se ha descripto a través de la idea de la subsunción. Esta idea ha servido para caracterizar el «método jurídico» desde la Revolución francesa, que no es otra cosa que la forma con la que presumiblemente se resuelven los problemas jurídicos mediante la utilización de las normas. El método jurídico tradicional, apoyado, como acabamos de decir, en la subsunción, venía a decir que la solución de los problemas jurídicos podía ser representada como la realización de un silogismo perfecto, en el que la premisa mayor estaba constituida por la norma jurídica y la premisa menor por los hechos que se enjuiciaban. Así la solución del silogismo (representado en el ámbito judicial por el fallo) era el resultado

de la subsunción de la premisa menor en el supuesto de hecho de la premisa mayor, y por tanto estaba constituida por la consecuencia presente en ésta. Evidentemente, aunque con carácter general puede seguir siendo válida esta forma de representar la aplicación jurídica, el proceso es mucho más complejo».

- 6) **Distinguir una premisa fáctica de una premisa normativa. Ejemplificar.**
- 7) **Enunciar razones por las que podemos diferenciar los «casos fáciles o rutinarios» de los casos «difíciles o críticos».**
- 8) **Establecer a qué denominamos «justificación interna» y «justificación externa» (Wróblewski).**
- 9) **Caracterizar los cuatro tipos de problemas jurídicos como lo hace MacCormick.**
- 10) **Enunciar las exigencias que plantea la racionalidad práctica en la toma de decisiones jurídicas.**

CAPÍTULO X

- 1) **Mencionar los distintos tipos de palabras que se emplean para enunciar normas jurídicas.**
- 2) **Distinguir las clases de ambigüedad. Ejemplificar mediante enunciados del lenguaje natural.**
- 3) **Diferenciar vaguedad intensional y vaguedad extensional.**
- 4) **Determinar a qué dificultad de la interpretación refiere el siguiente texto de H. Hart:**

«Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto que su aplicación se cuestione, las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una textura abierta».
- 5) **Establecer a qué dirección del pensamiento acerca de la actividad judicial en la interpretación del derecho refiere Alf Ross en el siguiente texto crítico:**

«Según este cuadro de la administración de justicia, el juez no valora ni determina su actitud ante la posibilidad de interpretaciones diferentes. El juez es un autómata.

Se da por sentado que tiene que respetar la ley y su función se limita a un acto puramente racional: comprender el significado de la ley y comparar la descripción de hechos que ésta hace con los hechos del caso que tiene que decidir. Este cuadro no se asemeja para nada a la realidad».

6) Justificar la siguiente afirmación:

«La Escuela Histórica del Derecho nace en Alemania en reacción a los excesos racionalistas del iusnaturalismo».

7) Establecer a qué refiere la concepción interpretativa de Kelsen con la expresión «marco de posibilidades de aplicación».

8) Brindar una noción sucinta de la Teoría Hercúlea de la Adjudicación.

9) Mencionar tres pautas o criterios de interpretación, invocados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los fallos cuyas partes pertinentes se encuentran transcritas en el texto del capítulo.

10) Destacar la razón principal de la importancia de la interpretación constitucional.

CAPÍTULO XI

1) Indicar en las siguientes afirmaciones cuáles revelan caracteres que se corresponden con la noción del «dogma de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico»:

- a) No hay lagunas en el derecho, sino lagunas en la ley.
- b) Toda conducta no prevista en el ordenamiento jurídico es lícita.
- c) En todo caso concreto el juez está obligado a fallar sobre la base de una norma perteneciente al sistema.
- d) El juez se limita a reproducir mecánicamente en el caso concreto lo previsto en general en una norma legal.

2) Responder y dar razones acerca del siguiente interrogante:

¿Consagra nuestro ordenamiento jurídico el dogma de la plenitud?

3) Establecer en qué casos usamos la expresión «vacío» o «laguna».

- 4) **Explicitar una breve noción sobre el pensamiento de Kelsen acerca del tema.**
- 5) **Definir el procedimiento de la analogía y justificar la necesidad de recurrir al mismo.**
- 6) **Describir las diferencias entre razonamiento analógico e interpretación extensiva.**
- 8) **Marcar con una cruz las afirmaciones que, respecto de los Principios Generales del Derecho, corresponden a una doctrina iusnaturalista.**
 - a) Los principios generales del derecho deben ser inducidos de las normas jurídicas positivas del sistema.
 - b) Los principios generales del derecho son aquellos que informan y fundamentan a las normas positivas.
 - c) Los principios generales del derecho, para tener operatividad en la regulación jurídica, deben estar expuestos.
 - d) En los principios generales del derecho están expresados los principios de justicia, válidos para todo sistema jurídico.
- 8) **Enunciar tres principios generales del derecho y explicar su alcance.**
- 9) **Describir, con cita de la disposición legal aplicable, la actividad que despliega un juez civil frente a un caso que no está regulado en forma expresa.**
- 10) **Repetir la consigna anterior respecto de la actividad de un juez con competencia penal.**

CAPÍTULO XII

- 1) **Justificar la importancia de los valores en el derecho.**
- 2) **Diferenciar a la justicia como virtud y como valor jurídico.**
- 3) **Establecer cómo debe ser la actividad del juez para excluir una norma injusta.**

- 4) Enunciar y definir los puntos de vista con los que se justifica racionalmente el poder.**
- 5) Destacar los aspectos que diferencian al iusnaturalismo y al positivismo jurídico respecto de la justicia.**
- 6) Clasificar la justicia desde el Realismo Clásico Iusnaturalista y enunciar sus notas relevantes.**
- 7) Mencionar las razones por las que ha merecido crítica la concepción utilitarista de la justicia.**
- 8) Interpretar en un breve texto la siguiente expresión de Kelsen: «La justicia es un ideal irracional que no se deja teorizar».**
- 9) Exponer razones que justifican tres «exigencias» de la seguridad jurídica en el derecho argentino.**
- 10) Establecer las razones de la conveniencia o necesidad de que los derechos humanos se encuentren positivizados, tanto en el orden nacional como internacional.**

Anexo II

Cuadros

CAPÍTULO I

1) Acepciones de la palabra derecho

- Derecho como *Norma*
Derecho Objetivo
Derecho Positivo
- Derecho como *Facultad*
Derecho Subjetivo
- Derecho como *Saber Científico*
Ciencia Jurídica
- Derecho como *Ideal de Justicia*
Justicia Lo Justo Lo Injusto

2) Perspectivas desde donde se puede definir el Derecho

- Estructural Norma
- Funcional Función

| |
|--|
| |
|--|

 Positiva
- Valorativa Justicia
- Argumentativa

3) Perspectivas

- Estructural
¿Cuál es la estructura del Derecho?
¿Cuáles son sus elementos?
¿Qué relaciones se establecen entre sus elementos?
- Funcional
¿Cuál es la función que el derecho cumple en la sociedad?
¿Para qué sirve el Derecho?
- Valorativa
¿Cómo debería ser el Derecho?
¿Cuándo el Derecho es justo?
- Argumentativa

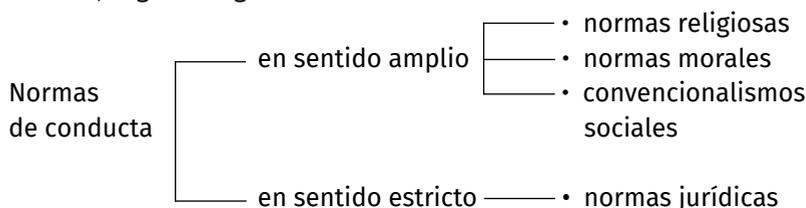
¿Es necesario ver al derecho como una práctica y un medio de resolución de conflictos?

¿Qué papel desempeña el razonamiento argumentativo para lograrlo?

4) **Perspectiva Estructural**

Hans Kelsen. El Derecho como un conjunto de normas coactivas

La noción de norma coactiva es la de norma jurídica, norma en sentido estricto, según la siguiente clasificación:

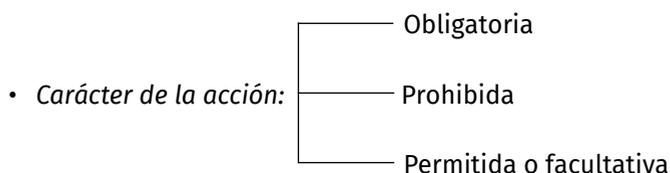


5) **La noción de norma a partir del análisis del lenguaje**

Funciones del lenguaje:

- Función informativa
- Función emotiva
- Función interrogativa
- Función operativa
- Función directiva ---- Prescripciones

6) **Los elementos de las normas según von Wright**

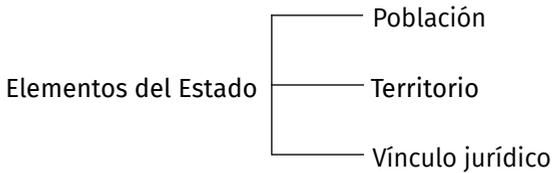


- *Contenido:* lo obligatorio, prohibido, permitido
- *Condiciones de aplicación:* circunstancias para realizar el contenido de la norma
- *Autoridad:* quien emite la norma
- *Sujeto/s normativo/s:* sus destinatarios
- *Ocasión:* localización en tiempo y espacio
- *Promulgación:* forma de manifestación
- *Sanción:* amenaza de un perjuicio

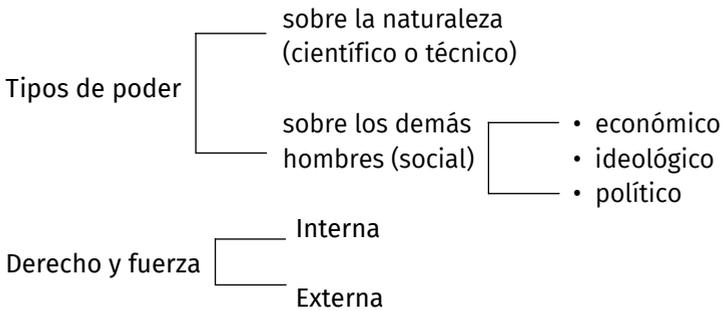
7) Derecho y Estado

El Estado es la forma de organización política que dispone de un orden jurídico que establece órganos centralizados para la producción y aplicación de normas, detentando el monopolio de la fuerza pública para hacer cumplir dichas disposiciones en caso de ser desconocidas.

Derecho y Estado: dos conceptos implicados

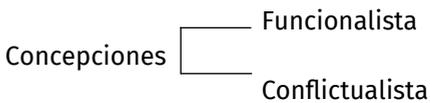


8) Derecho y poder



9) Perspectiva funcional

Fúnciones del derecho:



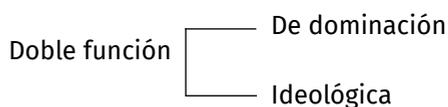
Concepción funcionalista: (Durkheim /Max Weber/ Parsons /Luhmann, entre otros)

El Derecho es un sistema de control social que consigue y mantiene el orden social en virtud de impedir conflictos y, en su caso, resolverlos. El Derecho es un *factor positivo* para la sociedad

Concepción conflictualista: (Karl Marx)

El Derecho es un conjunto de normas coactivas que utilizan el poder del Estado para asegurar la dominación de una clase social sobre otra, al tiempo que enmascaran el hecho de la explotación capitalista.

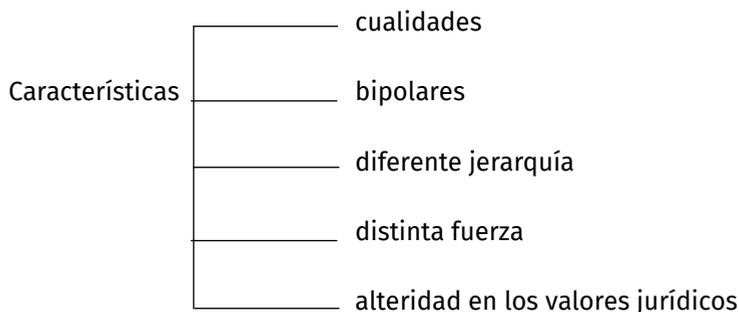
El Derecho es un *factor negativo* para la sociedad



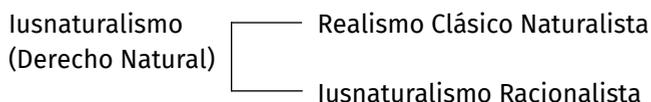
10) Perspectiva valorativa

Derecho y valor

Los valores son cualidades que se predicen de ciertos objetos o conductas con independencia de su ser físico y espiritual. Su objetividad se realiza en la existencia humana por su vocación a ser cumplidos.



11) Dos visiones polémicas



12) Iusnaturalismo

- El Derecho es un conjunto de reglas y principios vigentes en todo tiempo y lugar que está por encima del Derecho Positivo y al cual debe adecuarse éste para tener fuerza obligatoria.
- El verdadero Derecho es el Derecho Natural
- El Derecho Natural está por encima del Derecho Positivo
- El Derecho Positivo debe concordar con los principios fundamentales del Derecho Natural para ser válido

13) Hans Kelsen

Teoría pura del derecho

La exigencia metodológica de pureza, requiere dos purificaciones:

Primera purificación: Positivista o Antiiusnaturalista

Segunda purificación: Antisociológica o Antinaturalista

14) Positivismo jurídico

El Derecho es el conjunto de normas jurídicas positivas, vigentes en un tiempo y lugar determinados, promulgadas por el órgano normativo competente.

- El único Derecho válido es el derecho positivo
- La calificación de algo como Derecho es independiente de su posible justicia o injusticia

CAPÍTULO II

1) Los saberes jurídicos

Modelos de ciencia dominantes en las diferentes épocas históricas

1. Los inicios en Roma

- a) s.v a.C. La costumbre y la Ley de las XII Tablas
- b) s.vi La Recopilación de Justiniano

2. Los Glosadores (finales s.xi hasta s.xiii)

3. Los Posglosadores (comienzos s.xiv)

4. La Jurisprudencia europea dominada por el Iusnaturalismo Racionalista (s.xvii y xviii)

5. El modelo naturalista (s.xix)

6. La Ciencia del Derecho Moderna (comienzos s.xix)
 - Francia: *Escuela de la Exégesis*
 - Alemania: *Escuela Histórica*
 - Inglaterra: *Jurisprudencia Analítica*
7. La Escuela de la Jurisprudencia de Conceptos (segunda mitad s.xix)
8. El rechazo al formalismo (fines s.xix)
 - a) Alemania: Escuela de la Jurisprudencia de Intereses
 - b) Francia: Escuela de la Libre Investigación Científica
9. La Escuela del Derecho Libre (comienzos s.xx)
10. El Realismo Jurídico Norteamericano (primeras décadas s.xx)
11. La Teoría Pura del Derecho (s.xx)
12. La Teoría de H.L.A. Hart (s.xx)
13. La Teoría de la Argumentación (segunda mitad s.XX)
14. En Neoconstitucionalismo (segunda mitad s.xx)
15. La Teoría Crítica del Derecho (segunda mitad s.xx)
16. El conocimiento jurídico en la actualidad
 - *Dogmática jurídica*: estudio de normas vigentes que sistematiza, ordena, clasifica en miras a su aplicación, con una finalidad práctica.
 - *Teoría general del Derecho*: extrae elementos comunes a las diferentes ramas del derecho o sistemas jurídicos procurando estructurarlos según principios o conceptos generales unificadores.
 - *Sociología del Derecho*: tiene por objeto el estudio de las relaciones entre el derecho y la sociedad, pretendiendo mostrar el comportamiento de los hombres frente a las normas jurídicas.
 - *Lógica jurídica*:
 en sentido amplio: lógica arte y lógica ciencia
 en sentido estricto: lógica deóntica o lógica de las normas
 en sentido intermedio: teoría de la argumentación o lógica de los juristas.
 - *Informática jurídica*: tratamiento electrónico de datos utilizando un ordenador.

- *Historia del Derecho*: ciencia que estudia el progreso, desenvolvimiento o evolución del derecho.
- *Derecho comparado*: estudio comparativo tanto de diferentes instituciones de un mismo sistema jurídico como de diferentes ordenamientos jurídicos de distintos Estados.
- *Antropología jurídica*: estudia la experiencia jurídica de los pueblos «primitivos» que han existido o existen en la actualidad.
- *Psicología jurídica*: estudia el comportamiento humano a los fines de facilitar y mejorar el funcionamiento del derecho.
- *Teoría Económica de Derecho*: aplica los métodos y técnicas de las ciencias económicas al conocimiento del derecho.

2) Interrogantes filosóficos sobre el Derecho

Ontología Jurídica o Teoría del Derecho: el problema del ser o del concepto del derecho.

Epistemología Jurídica o Teoría de la Ciencia Jurídica: el problema del conocimiento del derecho.

Axiología Jurídica o Teoría de la Justicia: el problema de los valores jurídicos.

CAPÍTULO III

1) Normas de conducta

Reglas destinadas a regular el comportamiento.

Normas *religiosas*

Normas *morales*

Normas *jurídicas*

Normas *del trato social*

Aspectos de la conducta no obstante su indivisibilidad

| | |
|--|----------|
| | Interior |
| | Exterior |

2) Comparación

Normas de conducta → Prescriptivas → indican lo que debe ser (validez)
Leyes físicas → Descriptivas → enuncian lo que es (verdaderas si se corresponden con el fenómeno)
Reglas técnicas → Medios para el logro de fines

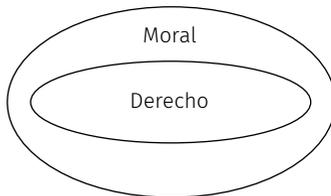
3) Derecho y moral

Criterios de distinción:
en razón del objeto
en razón del fin
en razón de la autonomía o heteronomía
en razón de la *unilateralidad o bilateralidad*
en razón de la *coercibilidad*
en razón de la sanción

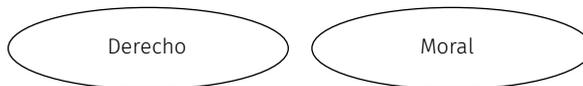
4) Derecho y moral

Tesis sobre sus relaciones

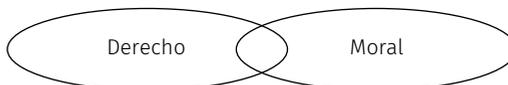
a) Subordinación del derecho a la moral



b) Separación entre derecho y moral



c) Distinción entre derecho y moral destacando las conexiones entre ambas normatividades



5) Normas morales

Interiores: prevalece la intención del sujeto.

Autónomas: la voluntad del sujeto obligado es determinante.

Unilaterales: el cumplimiento no puede ser exigido.

Incoercibles: imposibilidad de imposición coactiva.

Sanciones: de tipo interno, subjetivo o social.

6) Convencionalismos sociales

Polémica sobre su normatividad:

¿Son un tipo de normas distinto del derecho y la moral?

Doctrinas que niegan la distinción: • del Vecchio
• Radbruch

Doctrinas que admiten la distinción: • Stammler
• Ihering
• Somló
• Recaséns Siches
• García Maynez

7) Derecho y convencionalismos sociales

Distinciones:

en razón de la unilateralidad o bilateralidad

en razón de la autonomía o heteronomía

en razón de la exterioridad o interioridad

en razón de la coercibilidad

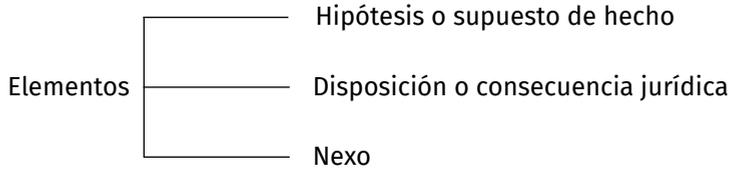
8) Comparación de los tres tipos normativos

| Norma moral | Norma jurídica | Regla de trato social |
|----------------------------------|-------------------------------|----------------------------------|
| Autónoma | Heterónoma | Heterónoma |
| Unilateral | Bilateral | Unilateral |
| Interior | Exterior (primordialmente) | Exterior |
| Incoercible | Coercible | Incoercible |
| Sanción no institucionalizada | Sanción institucionalizada | Sanción no institucionalizada |

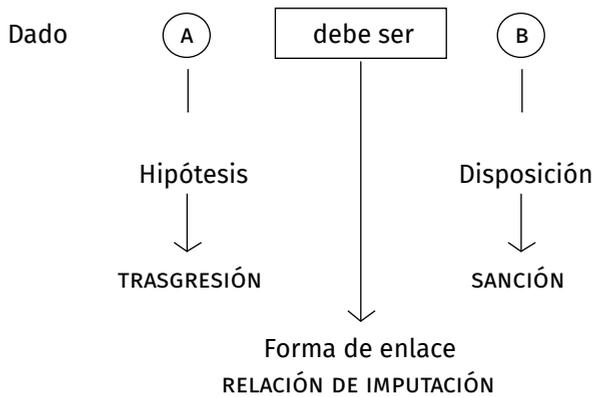
CAPÍTULO IV

1) Estructura lógico-formal de la norma jurídica

«Si es A debe ser B»



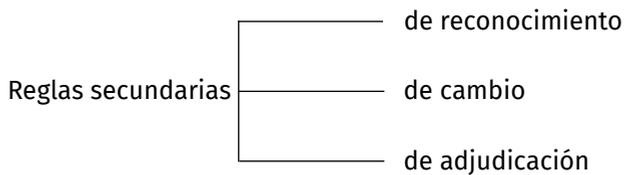
2) Estructura lógico-formal según Kelsen



3) Reglas primarias y secundarias

Herbert L. A. Hart: El derecho está compuesto por:

Reglas primarias



4) Tipo de enunciados que se encuentran en el orden jurídico

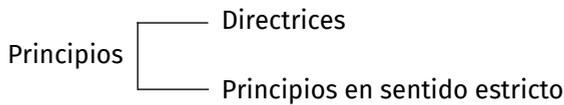
Alchourrón y Bulygin: El Derecho está compuesto por:

- Enunciados que prevén sanción para el caso de incumplimiento.
- Enunciados que facultan, obligan o prohíben sin prever sanción para el caso de incumplimiento.
- Enunciados que no establecen conductas obligatorias, prohibidas o permitidas que, por lo tanto, no son normas.

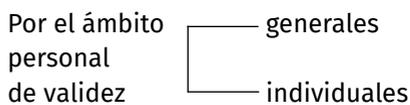
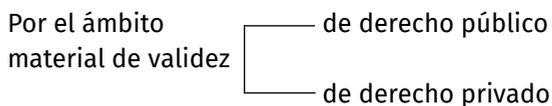
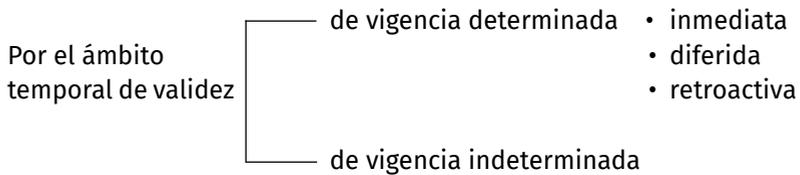
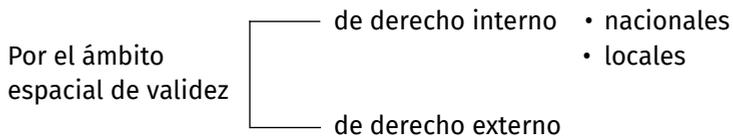
5) Normas y principios

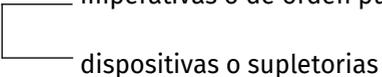
Ronald Dworkin: El Derecho está compuesto por:

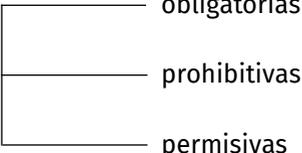
Normas

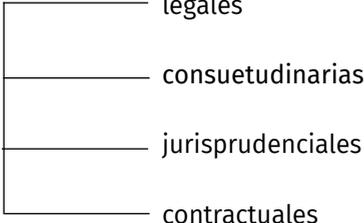


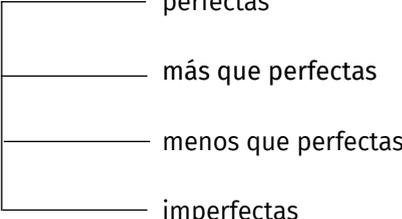
6) Criterios de clasificación de las normas jurídicas



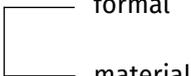
Por la imperatividad  imperativas o de orden público
dispositivas o supletorias

Por el contenido de lo normado  obligatorias
prohibitivas
permisivas

Por las fuentes  legales
consuetudinarias
jurisprudenciales
contractuales

Por los efectos de su violación  perfectas
más que perfectas
menos que perfectas
imperfectas

7) Tres criterios acerca de las normas jurídicas

Validez  formal
material

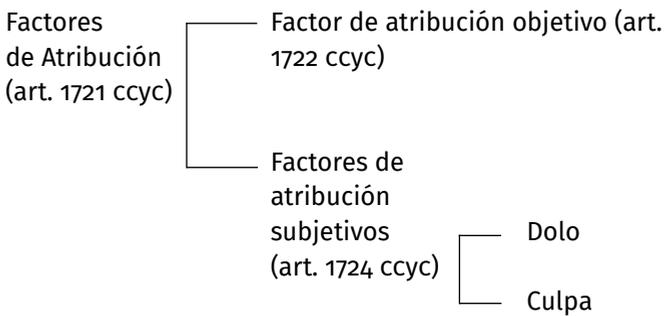
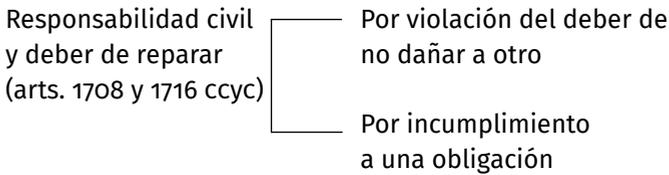
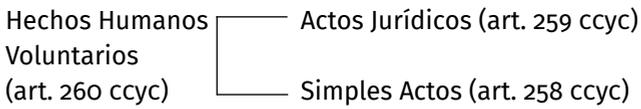
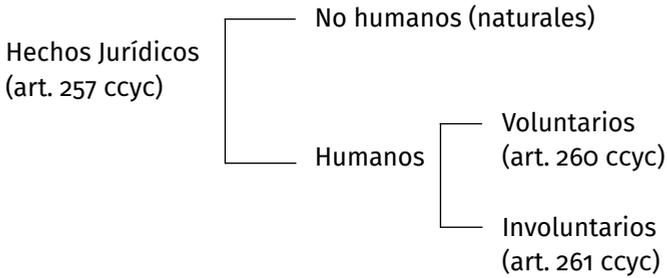
Eficacia

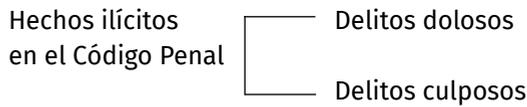
Justicia

CAPÍTULO V

1) Hechos y Actos Jurídicos

Clasificación:



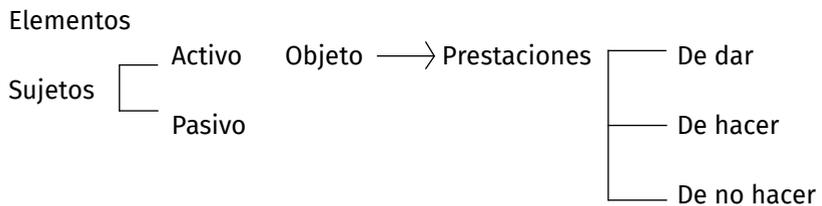


2) Clasificación de los actos jurídicos

- Actos positivos y negativos
- Actos bilaterales y unilaterales
- Actos entre vivos y de última voluntad
- Actos onerosos y gratuitos
- Actos patrimoniales y extrapatrimoniales
- Actos de administración y de disposición

3) La relación jurídica

Es el vínculo entre sujetos de derecho, nacido de un determinado hecho, definido por las normas jurídicas, creador de facultades y deberes jurídicos, cuyo objeto son ciertas prestaciones, garantizadas por la aplicación de una sanción.



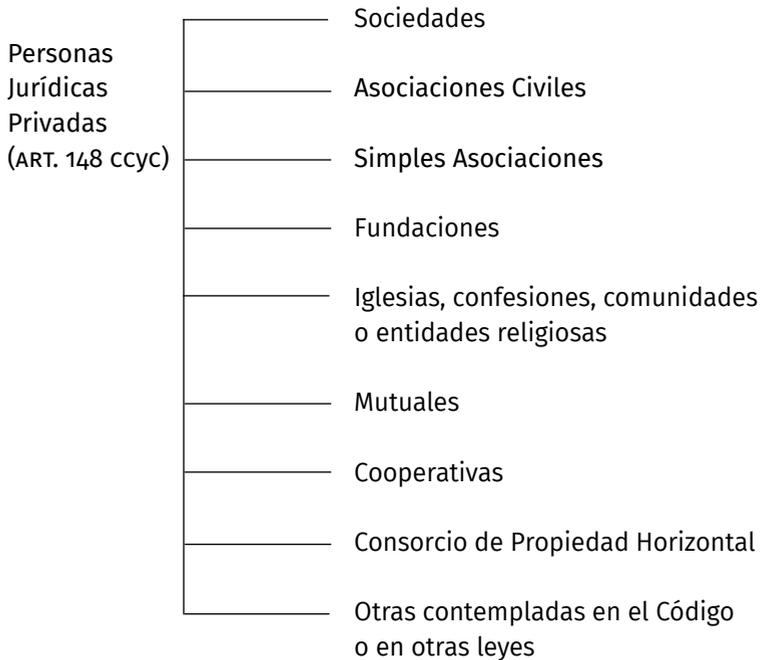
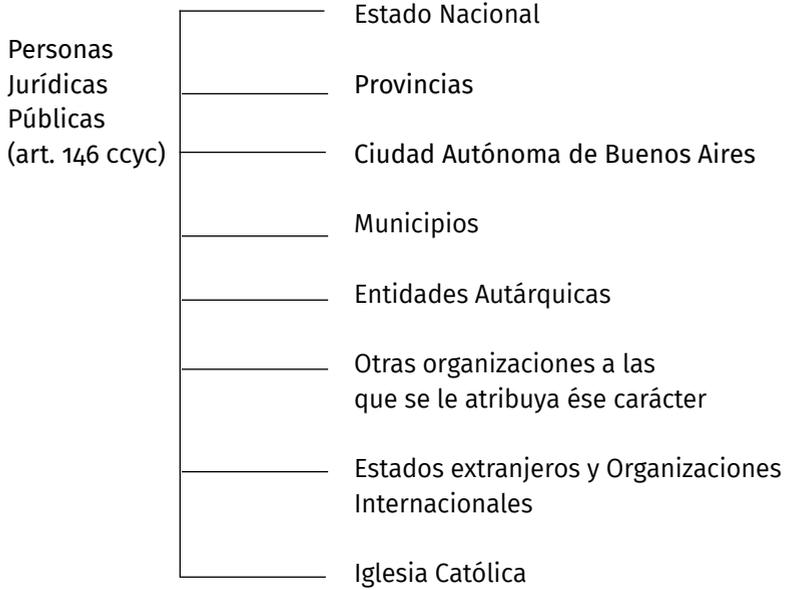
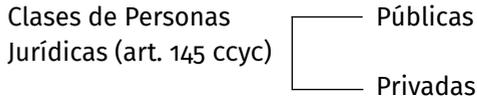
4) Sujeto de Derecho

Persona humana

Art. 19 ccyc: «Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción».

Persona jurídica

Art. 141 ccyc: «Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación».

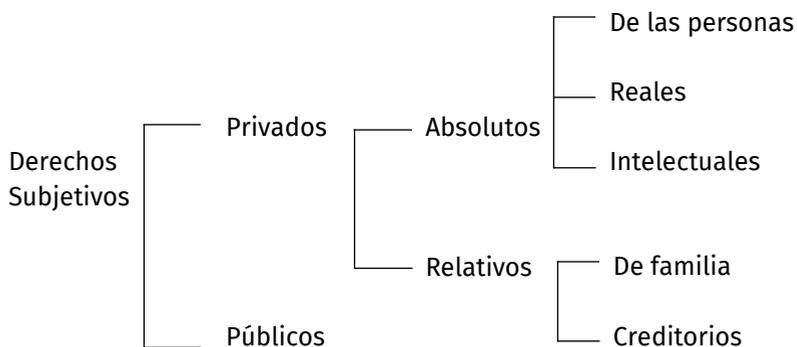


5) Derecho subjetivo

Diferentes perspectivas desde donde puede ser visto:

- como libertad de actuar dentro de los límites de lo permitido
- como poder de realizar actos para los cuales se tenga capacidad
- como pretensión de exigir a otro el cumplimiento de un deber jurídico

Clasificación de los derechos subjetivos



6) La sanción

Propiedades necesarias

- la coerción es el elemento esencial de toda sanción
- el contenido de la sanción consiste siempre en privar a otro de algún bien:
 - la vida (pena de muerte)
 - la propiedad (multa)
 - la libertad (prisión, reclusión)
 - la posibilidad de ejercer algún derecho (inhabilitación)
 - la validez de un acto (nulidad)
- la sanción se impone por una autoridad competente
- la sanción es consecuencia de una conducta

CAPÍTULO VI

1) La concepción normativista de Kelsen

El ordenamiento jurídico:

- está compuesto por un conjunto de normas,
- ordenadas jerárquicamente,
- entre las que se dan relaciones
 - De fundamentación - derivación
 - De creación - aplicación

2) La norma fundamental

Es la norma hipotética que confiere al poder constituyente la facultad originaria de producción normativa, determinando la validez de la totalidad de las normas del sistema.

De un modo más simple, implica una autorización al poder constituyente para dictar normas obligatorias para toda la comunidad.

La primera constitución

Es la norma positiva con más alta jerarquía en la estructura del ordenamiento jurídico. Es dictada por el poder constituyente, es decir, su producción es un hecho histórico, no un supuesto lógico como la anterior.

3) «Pirámide» normativa

(Incluye exclusivamente las normas nacionales)



Advertencia: la representación piramidal del orden jurídico en la forma presentada es un recurso pedagógico para una mayor comprensión del tema. Como nuestro país es federal, el sistema jurídico se encuentra también integrado por la totalidad de normas provinciales y municipales.

4) Conflictos entre normas

De diferente jerarquía → criterio jerárquico

De igual jerarquía

| | |
|--|--------------------------|
| | criterio cronológico |
| | criterio de especialidad |

5) Caracteres del ordenamiento jurídico

Unidad → Las normas se organizan en función de un determinado fundamento de validez.

Coherencia → Inexistencia de normas contradictorias.

Integridad → Inexistencia de vacíos de regulación.

6) El orden jurídico nacional e internacional

¿Son órdenes independientes?

¿Existe subordinación de uno al otro?

Dos respuestas

Monismo → el orden jurídico nacional está subordinado al orden internacional (Kelsen).

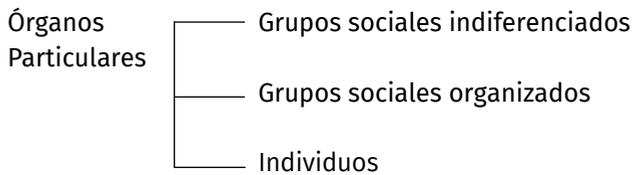
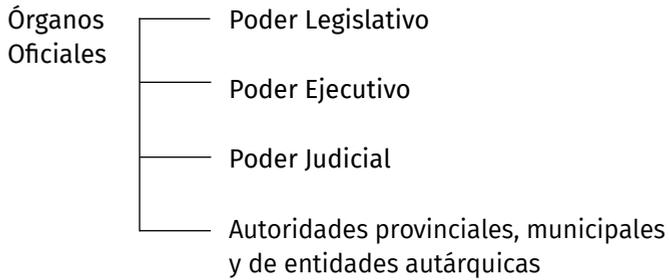
Dualismo → los fundamentos de validez de uno y otro sistema son independientes (Nino).

7) Derecho objetivo / Ramas del Derecho:

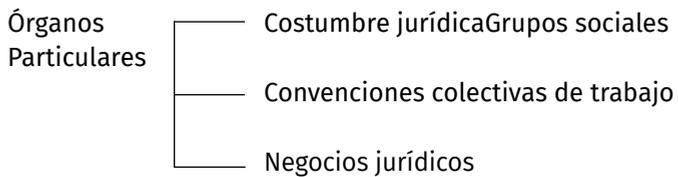
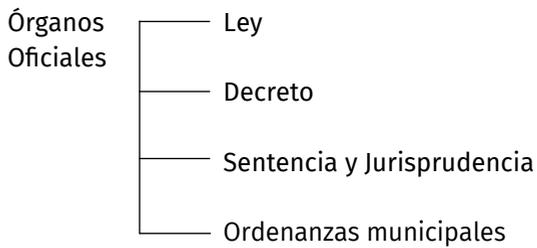
| Derecho Público | Derecho privado |
|---------------------------------|-------------------------------|
| Derecho Constitucional | Derecho Civil |
| Derecho Administrativo | Derecho Comercial |
| Derecho Penal | Derecho de la Navegación |
| Derecho Procesal | Derecho Internacional Privado |
| Derecho Financiero y Tributario | |
| Derecho Internacional Público | |

CAPÍTULO VII

1) Órganos de producción normativa



2) Formas de producción normativa



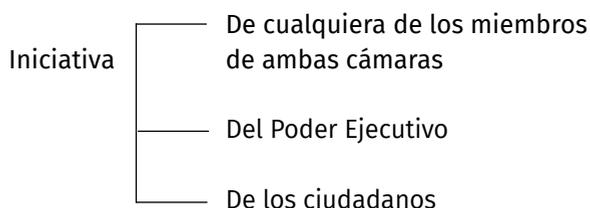
3) La ley

Es la norma general establecida mediante la palabra escrita por el órgano legislativo cumpliendo con las formas o procedimientos de creación estipulados constitucionalmente.

Caracteres:

- norma general
- obligatoria
- escrita
- emanada de autoridad competente siguiendo procedimientos preestablecidos
- constitutiva de derechos

4) Etapas del procedimiento de creación legal



Discusión → deliberación por parte de ambas cámaras

Sanción → aprobación de un proyecto de ley por ambas cámaras

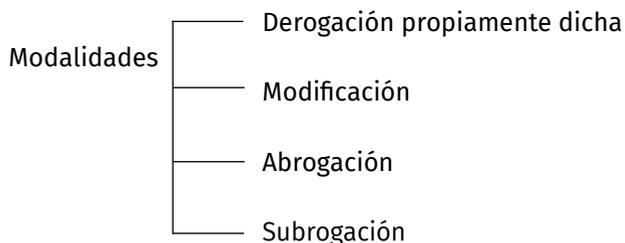
Promulgación → aprobación por el Poder Ejecutivo del proyecto sancionado

Publicación → puesta en conocimiento de la comunidad

5) Formas de invalidación de la ley

Derogación

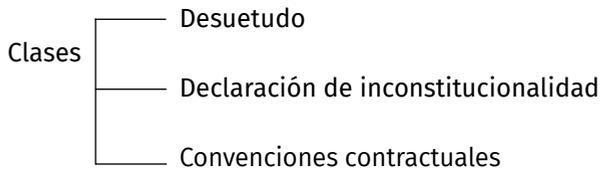
La ley es dejada sin efecto, total o parcialmente, por la misma autoridad normativa que la creó.



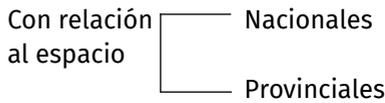
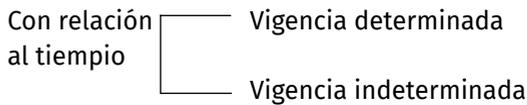


Enervación

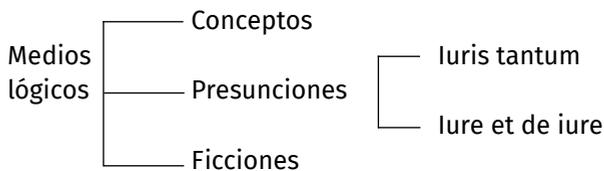
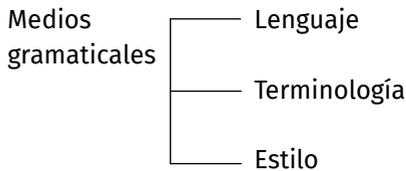
Es la pérdida de eficacia de una ley producida por una práctica social o por la decisión de una autoridad u órgano diferente del creador de la misma.

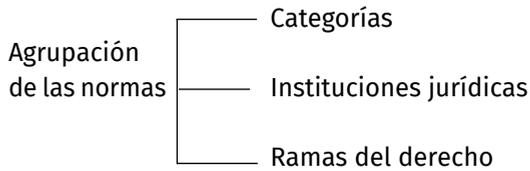


6) Criterios de clasificación de las leyes



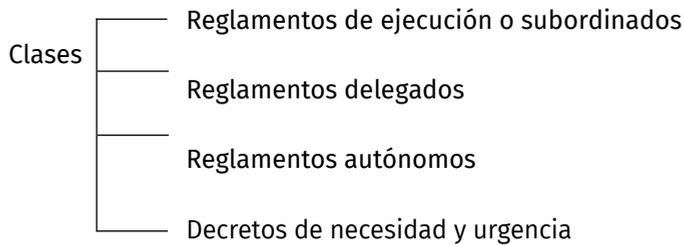
7) Técnica de elaboración de enunciados legales





8) El decreto o reglamento

Es la resolución emanada del Poder Ejecutivo, de carácter general o particular, expedida en su función administradora.



CAPÍTULO VIII

1) Creación normativa judicial

Sentencia

Es el acto jurídico procesal de carácter resolutorio a cargo del órgano jurisdiccional que pone fin al proceso y que contiene un fallo en el que se adjudican los derechos y obligaciones de las partes intervinientes en el mismo.

Requisitos que debe contener la sentencia

- Lugar y fecha
- Vistos
- Resulta
- Considerando
- Parte resolutoria o dispositiva
- Firma del Juez o miembros del Tribunal

Jurisprudencia

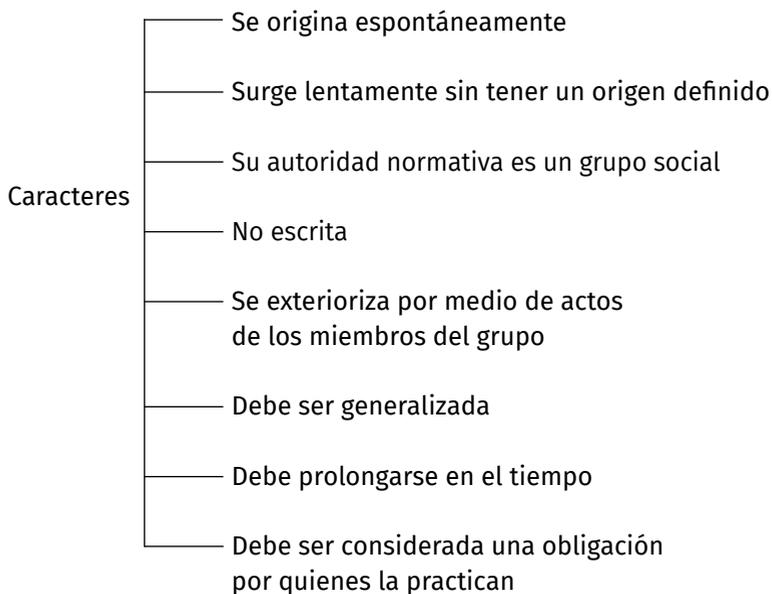
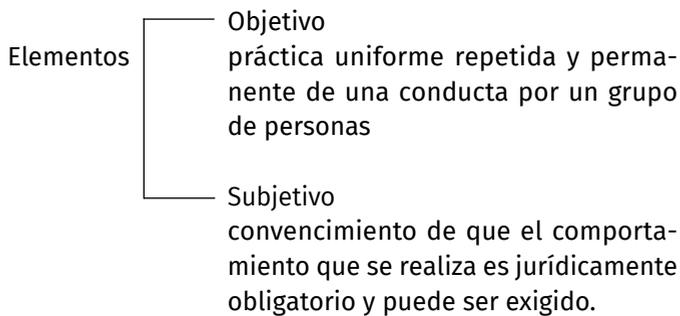
Es el producto normativo de la actividad del órgano jurisdiccional a partir de criterios uniformes seguidos en la resolución de casos similares o de los criterios establecidos en los pronunciamientos de tribunales de mayor jerarquía y prestigio.

2) Técnicas para la unificación de la jurisprudencia contradictoria

- Recurso de casación
- Recurso de inconstitucionalidad
- Fallos plenarios

3) El derecho consuetudinario

Es el conjunto de normas generadas por la repetición constante y sostenida de conductas por parte de un grupo social con la convicción de su obligatoriedad y posibilidad de ser coactivamente exigidas en caso de transgresión.



4) Clases de costumbre jurídica en relación con la ley

- Costumbre según la ley (secundum legem)
- Costumbre supletoria de la ley (praeter legem)
- Costumbre contraria a la ley (contra legem)

CAPÍTULO IX

1) Cuestiones fundamentales de la aplicación judicial

- Determinación de los hechos y la norma aplicable.
- Determinación del ámbito temporal de vigencia de la norma:

Desde su sanción
las normas
pueden producir

```
graph LR; A[Desde su sanción las normas pueden producir] --- B[efecto inmediato]; A --- C[efecto diferido]; A --- D[efecto retroactivo];
```

- Determinación del ámbito espacial de vigencia de la norma
- Interpretación
- Integración

2) Conflictos normativos

Se dan cuando dos normas jurídicas del sistema regulan el mismo caso, asignándole consecuencias diferentes.

- Criterios para solucionar conflictos
- Criterio jerárquico: cuando la contradicción se da entre normas de diferente jerarquía.
- Criterio cronológico y criterio de especialidad: cuando la contradicción se da entre normas de igual jerarquía

3) El silogismo jurídico

Es un tipo de razonamiento deductivo integrado por dos premisas, una mayor y una menor, de las cuales se infiere una conclusión.

Premisa mayor —> Norma jurídica aplicable (premisa normativa)

Premisa menor —> Caso concreto que debe ser resuelto
(premisa fáctica)

- Conclusión → Consecuencia jurídica prevista en la norma aplicable al caso
- Premisa normativa → «Si es A debe ser B» (norma)
- Premisa fáctica → «H» (hecho concreto)
- Conclusión → «Si H es un caso de A, debe ser B»
(para el caso concreto «H» corresponde la consecuencia jurídica «B»)

4) Distintos tipos de casos en la actividad judicial

- Casos
- Fáciles:
La justificación está destinada a verificar si la decisión se sigue lógicamente de las premisas (justificación interna).
 - Difíciles:
Se hace preciso, además, una justificación externa que pretende mostrar el carácter más o menos fundamentado de las premisas.

- Casos difíciles presentan los siguientes problemas
- de relevancia
 - de interpretación
 - de prueba
 - de calificación

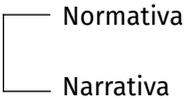
5) La teoría de la argumentación

Objetivos

Ante el reconocimiento de que existe un margen de discrecionalidad en las decisiones jurídicas, aunque se encuentren basadas en la ley, la teoría de la argumentación se propone justificarlas racionalmente, estableciendo reglas para determinar la corrección de los argumentos utilizados con lo cual asegura la exigencia de certeza, incrementa las posibilidades de control de los operadores jurídicos y permite una mayor aceptabilidad social de las resoluciones judiciales.

Exigencias de la racionalidad práctica en la toma de decisiones judiciales Principios enunciados por MacCormick:

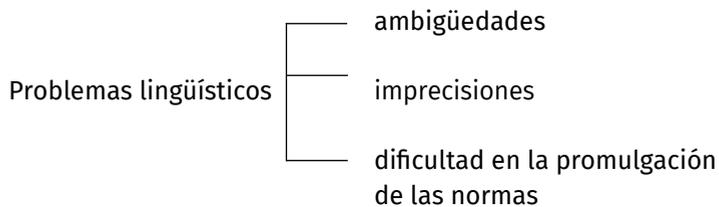
- Principio de universalidad o de justicia formal
- Principio de consistencia

- Principio de coherencia 

- El argumento consecuencialista

CAPÍTULO X

1) Interpretación de las normas jurídicas



2) Autores de la interpretación

- interpretación Legislativa (o auténtica)
- interpretación Doctrinaria (o científica)
- interpretación Judicial

Diferentes resultados de la interpretación

- interpretación Declarativa
- interpretación Restrictiva
- interpretación Extensiva

El fin de la interpretación

- búsqueda de la intención subjetiva del legislador
- búsqueda del sentido lógico objetivo de la norma

3) Los criterios de interpretación

- Escuela de la Exégesis
 - interpretación Gramatical
 - interpretación Lógica

- Escuela Histórica (Federico Carlos de Savigny)
 - procedimiento Gramatical
 - procedimiento Lógico
 - procedimiento Histórico
 - procedimiento Sistemático
- Escuela de la Jurisprudencia de Conceptos (Bernardo Windscheid) análisis de los conceptos implicados en la norma.
- Escuela de la Jurisprudencia de Intereses (Rodolfo von Ihering) observación de los fines que el derecho aspira realizar.
- Escuela de la Libre Investigación Científica (Francisco Geny) recurso a las fuentes formales (ley, costumbre, autoridad y tradición) y no formales (datos reales, históricos, ideales y racionales) del derecho.

4) La doctrina de Hans Kelsen sobre la interpretación

- Rechaza la utilización de pautas o métodos de interpretación para lograr una única decisión «correcta».
- La norma superior constituye un marco de posibilidades de aplicación.
- Interpretar consiste en determinar esas diferentes posibilidades de aplicación de la norma y optar por una de ellas.
- El resultado de la interpretación es la comprobación de las diferentes posibles aplicaciones que la norma tiene, de las cuales sólo una de ellas será la elegida por el juez en su acto decisorio.
- La interpretación contiene también ese acto volitivo.

5) La doctrina de Ronald Dworkin sobre la interpretación

- El derecho está compuesto por normas y principios.
- El juez Hércules construirá una teoría con dicho material en el marco de la cual descubrirá la única posible respuesta correcta que todo caso tiene.
- La interpretación conduce a la búsqueda y hallazgo de esa respuesta correcta como solución para el caso concreto.

6) La cuestión en el derecho argentino

Criterios establecidos en el art. 2 del Código Civil y Comercial:

La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia:

La misión judicial no se agota en la remisión a la letra de la ley... la que no debe desconocerse sino dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, a los principios fundamentales del derecho...

CAPÍTULO XI

1) Las «lagunas» de la ley

Existe una laguna cuando un determinado caso concreto no puede subsumirse en los géneros normativos legales del sistema.

Posiciones relevantes:

Escuela de la Exégesis → no existen lagunas
(excesivo apego al texto legal)

Doctrina de Kelsen

- lagunas lógicas (no existen en virtud del «principio de clausura»)
- lagunas técnicas (no son propiamente lagunas)
- lagunas axiológicas (no son propiamente lagunas)

Doctrina de del Vecchio → en el orden jurídico no hay lagunas, sencillamente porque hay jueces que pueden llenar el vacío

Doctrina de Alchourrón y Bulygin → «Un cierto caso constituye una laguna de un determinado sistema normativo, cuando ese sistema no correlaciona el caso con alguna calificación normativa de determinada conducta»

Doctrina de Bobbio → distingue las lagunas legales del siguiente modo:

lagunas subjetivas

- voluntarias
- Involuntarias

lagunas objetivas

lagunas

- praeter legem
- Intra legem

2) Procedimientos de integración

Heterointegración

- Recurso a ordenamientos diversos
- Recurso a manifestaciones normativas diferentes de la dominante

Costumbre jurídica *praeter legem*

Poder creativo del juez

Opinión de los científicos del derecho

Autointegración

- Recurso a la analogía
- Recurso a los principios generales del derecho

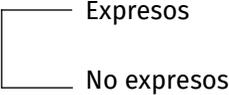
3) Analogía

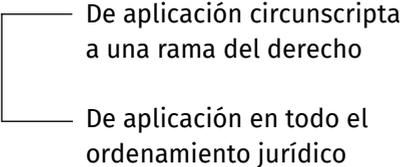
Procedimiento por el cual se atribuye a un caso no regulado el mismo tratamiento de un caso similar que se encuentra regulado.

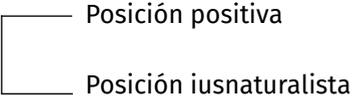
4) Principios generales del Derecho

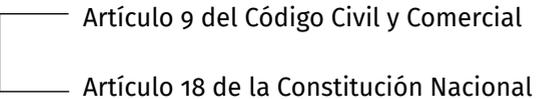
Enunciaciones de valor genérico que condicionan y orientan la comprensión del ordenamiento jurídico, tanto para su aplicación e integración como para la elaboración de nuevas normas.

Clasificación:

Principios Generales 

Principios Generales 

Principios Generales 

Principios Generales (en el derecho argentino) 

CAPÍTULO XII

1) La justicia

- como *Virtud Moral*

Hábito por el cual se da, con una voluntad constante y perpetua, su derecho a cada uno (Santo Tomás).

- como *Valor Jurídico*

Ideal que debe consagrarse en la normatividad y plasmarse en los actos y relaciones jurídicas realizados por los operadores del derecho.

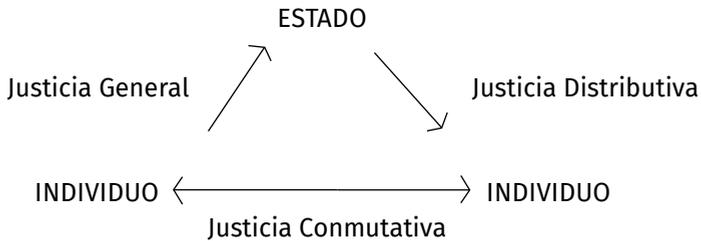
2) Concepciones sobre la justicia

- La concepción Iusnaturalista
- El Realismo Clásico Iusnaturalista
- El Iusnaturalismo Racionalista
- La concepción *Utilitarista*
- La concepción *Analítica*
- La doctrina de Hans Kelsen
- La doctrina de Alf Ross
- La doctrina de Herbert L.A. Hart
- El aporte de John Rawls

3) El realismo clásico iusnaturalista

(Santo Tomás de Aquino)

Especies de Justicia:



4) La concepción utilitarista

(Jeremy Bentham)

Presupuestos:

- concepción empirista y determinista que niega la existencia de ideas innatas
- identificación de lo bueno con el placer, con la felicidad
- el fin del actuar humano es la persecución de la felicidad

Lo justo es aquello que proporciona la mayor felicidad al mayor número de personas.

5) La concepción analítica
(La doctrina de Herbert L. A. Hart)

Contenidos mínimos de Justicia:

- Vulnerabilidad humana
- Igualdad aproximada
- Altruismo limitado
- Existencia de recursos limitados
- Comprensión y fuerza de voluntad limitadas

6) El aporte de John Rawls

Su propósito:

Justificar ciertos principios de justicia que establecen criterios para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de beneficios y cargas en la cooperación social.

Dichos principios serán establecidos por unanimidad por un grupo de hombres que se encuentran en una posición originaria y bajo un velo de ignorancia.

Primer principio:

Cada persona debe tener un derecho igual al sistema global más extenso de libertades básicas que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos.

Segundo principio:

Las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas de modo que satisfagan dos condiciones:

- 1) deben ser para el mayor beneficio de los que están en la posición social menos aventajada;
- 2) deben adjudicarse a funciones y posiciones abiertas a todos bajo una equitativa igualdad de oportunidades.

7) Valores de la ética pública

La justicia formal

- La seguridad jurídica

La justicia material

- La libertad
- La igualdad
- La solidaridad

8) Exigencias de la seguridad jurídica

- La ignorancia de la ley y el error de derecho
- La autoridad de la cosa juzgada
- La irretroactividad de las leyes
- Los derechos adquiridos
- La prescripción
- La preclusión

9) Los Derechos Humanos

Principios universalmente acordados, reconocidos y garantizados por los distintos ordenamientos jurídicos, que toda persona detenta frente al Estado para impedir cualquier interferencia en la dimensión personal y social, así como para obtener de aquél la satisfacción de necesidades básicas inherentes a la dignidad personal.

Su expresión positiva:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 10-12-48)
 - Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas)
 - Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas)
 - Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas)
 - Convención Americana sobre Derechos Humanos («Pacto De San José De Costa Rica», Organización de Estados Americanos, 22-11-69)
 - Constitución Argentina (1994, se reconoce jerarquía constitucional a 11 instrumentos internacionales de derechos humanos y se habilita a la incorporación de otros tratados futuros de igual materia)
 - Derecho Civil
 - Derecho Penal

Referencias Bibliográficas

Bibliografía General

- AFTALIÓN, ENRIQUE R. Y VILANOVA, JOSÉ** (1992). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- ALVAREZ GARDIOL, ARIEL** (1975) *Introducción a una Teoría General del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- ALVAREZ GARDIOL, ARIEL** (1979). *Manual de Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- ATIENZA, MANUEL** (2006). *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona: Ariel.
- ATIENZA, MANUEL** (1985). *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova.
- BOBBIO, NORBERTO** (1991). *Teoría General del Derecho*. Madrid: Debate.
- BODENHEIMER, EDGAR** (1964). *Teoría del Derecho*. México Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- CALVO GARCÍA, MANUEL** (1992). *Teoría del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- DEL VECCHIO, GIORGIO** (1974). *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch.
- D'ORS, ÁLVARO** (1979). *Una introducción al estudio del Derecho*. Madrid: Rialp.
- FERRAJOLI, LUIGI** (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Barcelona: Trotta.
- GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO** (1968). *Introducción al estudio del Derecho*. México: Porrúa.
- GIDDENS, ANTHONY** (1998). *Sociología*, 3a. ed. Madrid: Alianza.
- GOLDSCHMIDT, WERNER** (1973). *Introducción Filosófica del Derecho*. Buenos Aires: Depalma.
- HART, H.L.A.** (1990). *El concepto del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- LEGAZ LACAMBRA, LUIS** (1953). *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch.
- MOUCHET Y ZORRAQUÍN BECÚ** (1978). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- NINO, CARLOS SANTIAGO** (1987). *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- PECES-BARBA, GREGORIO Y OTROS** (1999). *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales SA.
- PECES-BARBA, GREGORIO** (1983). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Debate.
- REALE, MIGUEL** (1988). *Introducción al Derecho*. Madrid: Pirámide.
- RECASENS SICHES, LUIS** (1978). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa.

- RODRÍGUEZ MOLINERO, MARCELINO** (1991). *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Salamanca: Cervantes.
- VERNENGO, ROBERTO J.** (1976). *Curso de Teoría General del Derecho*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.

Bibliografía Especial

- AARNIO, AULIS** (1991). *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALCHOURRÓN, CARLOS E. Y BULYGIN, E.** (1975). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- ALEXY, ROBERT** (1997). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, ROBERT** (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ATIENZA, MANUEL** (1998). *Derecho y Argumentación*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- ATIENZA, MANUEL** (1984). *Sobre la analogía en el Derecho: Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid: Civitas.
- ATIENZA, MANUEL** (1997). *Tras la Justicia*. Barcelona: Ariel.
- BARRANCO, GRACIELA Y OTROS** (2003). *Argumentación Jurídica. Estudios sobre Neil MacCormick*. Santa Fe: Ediciones UNL.
- BARRANCO, GRACIELA Y SUÁREZ, ELOY EMILIANO** (comp.) (2011). *Argumentación Jurídica y constitucionalismo*. Santa Fe: Ediciones UNL.
- BARRANCO, GRACIELA** (comp.) (2017). *Argumentación y prueba de los hechos en el proceso judicial*. Santa Fe: Ediciones UNL.
- BATTÚ DE RETA, NORMA** (1995). *Apuntes sobre temas de hermenéutica jurídica*. Santa Fe: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL.
- BETTI, EMILIO** (1975). *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Edersa.
- BIELSA, RAFAEL** (1961). *Metodología jurídica*. Santa Fe: Castelví.
- BULYGIN, EUGENIO Y OTROS** (1983). *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- BULYGIN, EUGENIO Y OTROS**. Sentencia Judicial y creación del Derecho, *La Ley*, Tomo 124, pág. 1307. Buenos Aires.
- BUNGE, MARIO** (1982). *Ética y Ciencia*. Buenos Aires: Siglo xx.
- CALVO GARCÍA, MANUEL** (1994). *Los fundamentos del Método Jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos.
- CAPELLA, JUAN RAMÓN** (1997). *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del Derecho y del Estado*. Madrid: Trotta.
- CARRIÓ, GENARO R.** (1971). *Algunas palabras sobre la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- CARRIÓ, GENARO R.** (1973). *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea.
- CARRIÓ, GENARO R.** (1979). *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CASARES, TOMÁS D.** (1961). *Acerca de la Justicia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- COLACILLI DE MURO, MARÍA ANGÉLICA Y OTRO** (1979). *Elementos de Lógica Moderna y Filosofía*. Buenos Aires: Ángel Estrada y cía. SA.
- CONDE SALGADO, REMIGIO. PASHUKANIS Y LA TEORÍA MARXISTA DEL DERECHO**, *Centro de Estudios Constitucionales N° 9*, Madrid.
- COSSIO, CARLOS** (1957). *El Derecho en el Derecho Judicial*. Buenos Aires: Kraft.
- COSSIO, CARLOS** (1964). *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de la libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CUETO RUA, JULIO** (1957). *El Common Law*. Buenos Aires: La Ley.
- CUETO RUA, JULIO** (1965). *Las fuentes del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- DABIN, JEAN** (1955). *El Derecho subjetivo*, *Revista de Derecho Privado*. Madrid.
- DÍAZ COSUELO, JOSÉ MARÍA** (1971). *Los Principios Generales del Derecho*. Buenos Aires: Plus Ultra.
- DWORKIN, RONALD** (1984). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL** (1997). *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.
- ENTELMAN, RICARDO** (1985). *Acerca de la función judicial*, en *Revista de la Asociación de Abogados de Buenos Aires*, I, Buenos Aires.
- FARREL, MARTÍN D.** (1976). *La metodología del Positivismo*. Buenos Aires: Astrea.
- FARREL, MARTÍN D.** (1979). *La metodología del Positivismo Lógico, su aplicación al Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- FARREL, MARTÍN D.** (1997). *Cuestiones de filosofía y Derecho*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- FINNIS, JOHN** (2000). *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- FRONDIZI, RISIERI** (1958). *¿Qué son los valores?* México: Fondo de Cultura Económica, Breviarios.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO** (1984). *Reflexiones sobre la ley y los Principios Generales del derecho*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO** (1948). *La definición del Derecho*. México: Stylo.
- GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO** (1954). *Lógica del concepto jurídico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO** (1959). *Lógica del juicio jurídico*. México: Fondo de Cultura Económica.

- GARZÓN VALDÉZ, E.F.**(1970). *Derecho y naturaleza de las cosas*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- GASCÓN ABELLÁN, MARINA Y OTRO** (2005). *La Argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra Editores.
- GIRARDI, OLSEN** (1979). *Hermenéutica del Saber*. Madrid: Gredos.
- GOLDSCHMIDT, WERNER** (1958). *La ciencia de la Justicia*. Buenos Aires: Aguilar.
- GRANERIS, GIUSEPPE** (1977). *Contribución tomista a la filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- GUIBOURG, RICARDO Y OTROS** (1992). *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba.
- GUIBOURG, RICARDO** (2003). *Colección de Análisis Jurisprudencial. Teoría General del Derecho*. Buenos Aires: La Ley.
- GUIBOURG, RICARDO** (2013). *Saber Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- HABERMAS, JÜRGEN** (2000). *Facticidad y validez*. 2º ed. Madrid: Trotta.
- HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO** (1988). *Metodología de la Ciencia del Derecho, Obras Completas, Tomo 5*, Madrid: Espasa Calpe.
- KALINOWSKY, GEORGES** (1960). *Introducción a la lógica jurídica*. Buenos Aires: Eudeba.
- KELSEN, HANS** (1991). *Teoría pura del Derecho* [traducción del original en alemán de Roberto J. Vernengo], sexta reimpresión. México: Porrúa, Umam.
- KELSEN, BOBBIO Y OTROS** (1966). *Crítica del Derecho Natural*. Madrid: Taurus.
- KIRCHMAN, JULIUS Y OTRO** (1953). *La Ciencia del Derecho*. Barcelona: Losada.
- KLUG, ULRICH** (1996). *Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho*. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México: Fontamara SA.
- LACHANCE, LOUIS** (1973). *El concepto de Derecho según Aristóteles y Santo Tomás*. Buenos Aires.
- MARI, ENRIQUE E.** (1982). *El discurso jurídico, perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*. Buenos Aires: Hachette.
- MARI, ENRIQUE E.** (1983). *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michael Foucault*. Buenos Aires: Hachette.
- MARTÍNEZ GARCÍA, JESÚS IGNACIO** (1985). *La teoría de la Justicia de John Rawls, Centro de Estudios Constitucionales N° 4*, Madrid.
- MARX, KARL Y ENGELS, F.**(1998). *Manifiesto Comunista*. Madrid: Alba.
- MUGUERZA, JAVIER Y OTROS** (1989). *El fundamento de los Derechos Humanos*. Madrid: Debate.
- NINO, CARLOS SANTIAGO** (1984). *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Paidós.
- NINO, CARLOS SANTIAGO** (2014). *Derecho, moral y política*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

- PECES-BARBA, GREGORIO** (1976). *Derechos Fundamentales*. Madrid: U. Guadina.
- PERELMAN, CH.** (1988). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas.
- PERELMAN, CH. Y OLBRECHTS-TYTECA** (1994). *Tratado de la Argumentación. La nueva Retórica*. Madrid: Gredos.
- PIETRO SANCHÍS, LUIS** (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- POULANTZAS, NICOS** (1980). *Estado, Poder y Socialismo*. México: Siglo XXI.
- RABOSI, EDUARDO A.** (1972). *La Filosofía Analítica y la actividad filosófica*. Buenos Aires: Conicet.
- RAWLS, JOHN** (1979). *Teoría de la Justicia*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- REALE, MIGUEL** (1976). *Fundamentos del Derecho*. Buenos Aires: Depalma.
- RECASENS SICHES, LUIS** (1936). *Panorama del Pensamiento Jurídico del Siglo xx*. México: Porrúa.
- ROSS, ALF** (1963). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- SANTA PINTER, JOSÉ J.** (1956). *Sistema del Derecho Anglosajón*. Buenos Aires: Depalma.
- SOLER, SEBASTIÁN** (1969). *Las palabras de la Ley*. México: Fondo de Cultura Económica.
- TARUFFO, MICHELE** (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.
- VAZQUEZ, RODOLFO** (comp.) (1998). *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa.
- VERDROSS, ALFRED** (1962). *La Filosofía del Derecho en el mundo occidental*. México: Centro de Estudios Filosóficos.
- VIGO, RODOLFO LUIS** (1991). *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- VIGO, RODOLFO LUIS** (1993). *Interpretación constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- VIGO, RODOLFO LUIS** (2000). *Los Principios Jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires: Depalma.
- VILLEY, MICHEL** (1978). *Los fundadores de la Escuela Moderna del Derecho Natural*. Buenos Aires: Ghersi.
- VON IHERING, RUDOLF** (1960). *El fin del Derecho*. Buenos Aires: Bibliográfica Omega.
- VON IHERING, RUDOLF** (1947). *El espíritu del Derecho romano*. Madrid.
- WELZEL, H.** (1962). *Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- WELZEL, H.** (1957). *Derecho Natural y Justicia Material*. Buenos Aires: Aguilar.
- VON WRIGHT, G. H.** (1979). *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid: Tecnos.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO** (1999). *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.