

EL SISTEMA JURÍDICO: DEL PLANO A LA REALIDAD*

BRUNO OVEJERO SILVA**

Resumen: El artículo es un estudio preliminar de una teoría general del derecho y tiene por objeto principal describir analíticamente las características fundamentales del sistema jurídico. Se pretende identificar los elementos que permitan diseñar una especie de "plano" a partir del cual el lector o lectora pueda comprender qué es un sistema jurídico, cuáles son sus componentes y cómo funciona frente a los conflictos jurídicos concretos. Así, se refinarán conceptos y terminologías que muchas veces son confusamente utilizados entre los mismos juristas (norma jurídica, regla, principio, validez, vigencia, aplicación, interpretación, subsunción, ponderación). El texto resalta la importancia de ciertas decisiones teóricas y metodológicas en el razonamiento jurídico práctico, la utilidad de terminologías claras, la identificación del lugar que ocupa la valoración moral en ese razonamiento, la importancia de la construcción de premisas sólidas, los problemas que generan las simplificaciones extremas (formalismo y el escepticismo) y la necesidad de reconocer un halo de incertidumbre en toda solución normativa que, no obstante, no significa prescindir de cualquier significado objetivo de la norma.

Palabras clave: derecho objetivo — sistema jurídico — razonamiento jurídico

Abstract: The paper is a preliminary study of a general theory of law and its main object is to describe the key characteristics of the legal system. The aim is to define the concepts that allow the design of a kind of "blueprint" from which the reader can understand what a legal system is, what its components are and how it works on specific legal conflicts. Thus, concepts and terminologies that are often confusingly used among lawyers and judges will be refined (norm, rule, standard, validity, efficiency, application, interpretation, subsumption, balan-

* * Recepción del original: 24/04/2020. Aceptación: 28/05/2020.

** Docente (auxiliar de primera categoría) de Teoría del Derecho y la Justicia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán.

cing). The paper highlights the importance of certain theoretical and methodological decisions in practical legal reasoning, the usefulness of clear terminologies, the identification of the place that moral evaluation occupies in that reasoning, the importance of the construction of solid premises, the problems generated by extreme simplifications (formalism and skepticism) and the need to recognize a halo of uncertainty in any normative solution that, however, does not mean disregarding any objective meaning of the norm.

Keywords: law — legal system — legal reasoning

I. INTRODUCCIÓN

Una persona, a la que llamaremos A, construyó un departamento arriba de su casa y se lo alquiló por dos años a otra persona que llamaremos B. En el contrato que firmaron las partes, A incluyó una cláusula que decía: "la propiedad no podrá ser ocupada ni utilizada por ninguna persona que sea de la religión X" y B no se opuso. Unos meses después, el dueño del departamento se enteró que su inquilino efectivamente profesaba la religión X y, por lo tanto, ahora quiere dejar sin efecto el contrato. El inquilino, por el contrario, cree que de todos modos el alquiler debe seguir cumpliéndose. Tenemos entonces un conflicto entre A y B. Si discutiéramos libremente sobre este caso, seguramente surgirían afirmaciones como las siguientes: "B ocultó información que era importante para que A firme el contrato"; "la religión es algo que pertenece de la intimidad de las personas y no puede incluirse como elemento de un contrato"; "las personas deben ser honestas y si dejáramos que B se quede en el departamento se estaría viendo beneficiado por su propia deshonestidad"; "toda persona tiene derecho a no ser discriminada por motivos de religión"; "las partes son libres para celebrar contratos privados y determinar su contenido"; "aun si la ley permitiera este tipo de cláusulas sería claramente injusto que B no pueda acceder a una vivienda por motivos de su religión"; "no puede obligarse a que A conviva en su propiedad privada con una persona de la religión X"; "en una sociedad pluralista debemos buscar la convivencia entre personas de distintas religiones". Podríamos seguir así sumando muchas afirmaciones más.

Ahora bien ¿todas estas afirmaciones son jurídicas? ¿Qué es lo que haría que algunos enunciados sean derecho y otros no? En otras palabras ¿cómo podríamos distinguir los enunciados que pertenecen al derecho y los que

correspondan a la moral, a la política o a otros ámbitos? Además, si tenemos enunciados a favor y en contra de A y de B ¿Cómo se debería resolver el caso? ¿Hay algunos enunciados que tengan más fuerza o peso que otros? ¿Existe una única solución jurídicamente correcta para este caso?

Como todo problema práctico medianamente complejo, para intentar resolverlo va a ser necesario tener una serie de herramientas teóricas y, en el derecho, la mejor forma de adquirir estas herramientas es a partir de la noción de sistema jurídico. Precisamente, este breve trabajo tiene por objeto principal describir cuáles son los elementos principales que forman parte de ese sistema jurídico y cómo se relacionan esos elementos entre sí. Buscaremos definir los conceptos que nos permitan "diseñar" una especie de plano a partir del cual el lector pueda comprender qué es un sistema jurídico, cuáles son sus componentes y cómo funciona. En última instancia, el trabajo será exitoso si quien lo lee adquirió algunos elementos conceptuales útiles para abordar el derecho desde una perspectiva práctica y así solucionar casos como el del ejemplo. Al fin y al cabo, no hay nada más práctico que una buena teoría.

El texto debe abordarse como un estudio preliminar de una teoría del derecho, cuyo objetivo principal es la divulgación y, por lo tanto, no busca hacer aportes originales a la teoría y filosofía jurídicas. Lo que sí se pretende es refinar conceptos y terminologías que muchas veces son confusamente utilizados entre los mismos juristas (norma jurídica, reglas, principios, validez, vigencia, aplicación, interpretación, subsunción, ponderación). En una primera parte (la más abstracta y compleja) se plantean cuáles son los problemas para definir el derecho y por lo tanto para poder distinguir las cuestiones que serían jurídicas de las que no. En la segunda parte buscaremos identificar los elementos principales de un sistema jurídico (la norma jurídica) esbozando una clasificación entre reglas y principios. La tercera parte tiene por objeto la norma jurídica, pero desde el punto de vista de sus relaciones en la estructura del sistema y desde la evaluación de los criterios de existencia. Por último, la cuarta parte (la menos abstracta y más práctica) tiene por objeto describir cómo operan los juristas (abogados, jueces, etcétera) con esos elementos para solucionar problemas concretos.

II. UN PUNTO DE PARTIDA

Habitualmente en las materias como Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho o afines, el o la docente pasa una buena cantidad

de clases desarrollando decenas de distintas definiciones de derecho para culminar el tema —por supuesto— con su propia definición y así sumar una más al listado interminable. Esa cantidad inabarcable de conceptos de derecho muy diferentes entre sí se debe probablemente a dos tipos de problemas: en primer lugar, a las dificultades lingüísticas para definir la palabra *derecho*; y en segundo lugar a la influencia de múltiples concepciones filosóficas que compiten entre sí.

El primer tipo de problemas para responder qué es el derecho —el que gira alrededor de las **dificultades terminológicas**— es probablemente la cuestión que sea menos difícil de sortear. *Derecho* es una palabra ambigua, vaga y con una fuerte carga emotiva, por lo que nuestro abordaje debe partir de clarificar los límites del concepto. La *ambigüedad* de la palabra se evidencia en frases tales como 1) “el derecho argentino prevé la pena de muerte”, 2) “tengo derecho a vestirme como quiera” o 3) “el derecho es una disciplina teórica difícil”.¹ En la primera frase, “derecho” hace referencia a lo que se denomina *derecho objetivo* en tanto ordenamiento o sistema de normas, es decir que —siguiendo nuestro ejemplo— derecho argentino equivaldría al conjunto de reglas y principios que rigen en este país. En la segunda frase se usa la palabra como *derecho subjetivo*, es decir como facultad, atribución o permiso que posee la persona concreta. Por lo general cuando hablamos de “el derecho” nos referimos al primer significado, mientras que cuando decimos “los derechos” estamos refiriéndonos al segundo.² Por último, la tercera frase refiere a una *disciplina* que estudia los otros dos conceptos.

Pero además de ambigua, la palabra derecho es *vaga* y tiene una fuerte *carga emotiva*. La vaguedad se muestra cuando no es posible enunciar las propiedades que deben estar presentes en todos los casos que se usa la palabra. Así, algunos autores suelen incluir, como propiedades esenciales del derecho, el poder del estado, las normas generales, la coacción, un ideal de justicia, el cumplimiento de valores morales, la realidad social, etcétera. Por otro lado, la *carga emotiva* de la palabra provoca una gran imprecisión, pues es utilizada en los más variados ámbitos públicos y

1. Se siguen aquí los clásicos ejemplos de NINO, *Introducción al análisis del derecho*, p. 14.

2. En ocasiones, para diferenciar ambos sentidos de la palabra, se ha buscado identificar como *Derecho* (con mayúscula) al derecho objetivo, y como *derecho* (con minúscula) al derecho subjetivo (por ejemplo, González Posada en su traducción de IHERING. *La lucha por el derecho*). Sin embargo, en este artículo no vamos a seguir dicha identificación por no ser una práctica lingüística generalizada.

privados, exaltando ideas favorables o desfavorables asimiladas al término, lo que perjudica la construcción de un significado específico.

El segundo inconveniente en definir derecho tiene fundamentos más profundos y, por lo tanto, mucho más difíciles de eludir. Cada concepción teórica acerca del derecho aporta elementos filosóficos cuya complejidad provoca apasionados debates en la teoría jurídica desde hace siglos. Las discusiones se dan principalmente entre quienes se ubican en corrientes identificadas dentro del *positivismo jurídico* y quienes adoptan una idea de *derecho natural*. Este debate que tiene siglos de antigüedad divide muchas veces a la disciplina en campos hostiles y, a veces, irreconciliables.

En sentido amplio (y tal vez de una forma caricaturizada) podría entenderse al *positivismo jurídico* (o iuspositivismo) como un enfoque de la teoría jurídica basado en los principios de una filosofía empirista y anti metafísica. Esto quiere decir que, metodológicamente, es posible establecer la *existencia* y *describir* el contenido del derecho de un país en un momento determinado en términos de hechos sociales sin recurrir a principios morales o ideas de justicia.³ Así, el positivismo defiende la separación entre el derecho y la moral, y aspira a una teoría jurídica "científica" que no se comprometa con ideologías y actitudes políticas o religiosas de dudosa objetividad.⁴

Desde el punto de vista opuesto, la expresión *derecho natural* suele designar al enfoque que busca solucionar problemas jurídicos basado en la creencia de que el derecho no puede ser descrito o comprendido exhaustivamente en términos de principios empiristas, sino que requiere una interpretación metafísica. Es decir, que el derecho requiere ser interpretado a la luz de principios y de ideas inherentes a la naturaleza racional o divina del hombre que trascienden el mundo de los sentidos.⁵ Si bien hay una diversidad de escuelas del derecho natural, hay una idea en común en todas ellas: la creencia en que existen algunos principios universalmente válidos que gobiernan la vida del hombre en sociedad.

Hasta aquí parece todo muy abstracto y confuso (y lo es), pero veamos qué significa esto en términos prácticos. Cualquier operador de derecho (abogado, juez, etcétera) no podría resolver ningún problema práctico sin presuponer cierta concepción teórica. Por eso, la tensión entre los polos

3. Ross, "El concepto de validez y el...", p. 201.

4. NINO, *Derecho, moral y política*, p. 22.

5. Ross, "El concepto de validez y el...", pp. 200, 204 y 205.

positivismo/iusnaturalismo se evidencia no solo en la construcción de los conceptos que integran el sistema jurídico, sino en la forma en que los juristas trabajan con problemas concretos. Por ejemplo, una abogada podría considerar que el sistema está compuesto únicamente por normas generales creadas por la autoridad competente y consecuentemente los problemas de derecho se solucionan *aplicando* esas normas objetivas al caso concreto, evitando recurrir a criterios subjetivos como los de la moral. O bien, desde una concepción opuesta, la abogada puede entender que la solución de problemas jurídicos requiere algo más que esas normas generales creadas por la autoridad, pues el derecho buscaría en última instancia cumplir ciertas ideas de justicia. Sobre estas posiciones —aquí burdamente simplificadas— vamos a volver constantemente en el trabajo.

Ahora bien, lo desarrollado hasta aquí mostraría dos *trampas*⁶ para definir qué derecho: la trampa del lenguaje y la trampa de caer en el debate de acerca de si los valores morales (entre ellos la justicia) son realidades evidentes (¿los valores son objetivos?).

Una posibilidad de enfrentar la primera trampa (la del lenguaje) —por lo menos de manera provisoria y parcial— es tomando una noción de derecho que recepte en buena medida su uso lingüístico vigente a partir de algunas propiedades generalmente aceptadas por los juristas. Por ello, a los fines de nuestro trabajo, podría partirse de la noción de derecho como un *sistema normativo que está respaldado por una autoridad institucional*. Intencionalmente nada se dice acerca de las finalidades de ese sistema (la búsqueda de ciertos valores como el orden social, la justicia, el bien común, etcétera); tampoco se hace referencia a las razones acerca de por qué el derecho sería socialmente obligatorio, ni cuáles serían los elementos que componen ese sistema.

Obviamente un concepto así es demasiado impreciso e incompleto. Sin embargo tiene una serie de ventajas para estudiar el derecho desde la teoría general: a) limitamos el objeto de estudio al *derecho objetivo*, relegando a un segundo plano la cuestión del derecho subjetivo, pues un modelo completo de sistema podría incluir los *derechos* (subjetivos) dentro del sistema; b) se resalta la noción de sistema como un conjunto de elementos normativos en tanto refieren a las conductas de las personas y esos elementos pueden ser

6. Tomamos aquí el concepto de *trampa* utilizado por Guibourg (GUIBOURG, Conferencia “Instrucciones para el uso del derecho”) aunque con un sentido parcialmente distinto al utilizado por él.

de la más variada naturaleza (reglas, principios, definiciones, etcétera); c) la noción de sistema implica también que los elementos que lo componen estén vinculados entre sí a partir de ciertos tipos de relaciones; y d) que en el caso de los derechos modernos, el sistema remite a una autoridad institucional, generalmente (aunque no exclusivamente) de carácter estatal. En todo caso, este esbozo de definición es útil para nuestros fines, pues es un punto de partida para la discusión, reconociendo que puede existir una pluralidad de conceptos de acuerdo al contexto en que se utilice la palabra.⁷

La segunda trampa para definir derecho —la referida a los valores morales— es casi imposible de sortear. En buena medida, la razón de ser de la filosofía del derecho está en preguntarse *qué* es el derecho. Sin embargo, lo que se puede hacer es ubicar cada una de las cuestiones en su área específica dentro de la disciplina. En este punto, no conviene negar la existencia del derecho natural porque significaría negar la posibilidad de todo conocimiento ético y, por lo tanto, estaríamos entrando en una discusión del terreno de la *filosofía moral* y no exclusiva de la filosofía del derecho. Podemos ubicar así al derecho natural como parte de la ética general en tanto está constituido por principios que deben gobernar la vida de los hombres para alcanzar un destino moral.⁸ Como ahora nos proponemos identificar únicamente los elementos del derecho objetivo, probablemente lo mejor sea dejar de lado esas discusiones acerca de la objetividad de los valores y la verdad de los juicios morales. Conviene entonces entender que abordaremos el derecho en tanto este refiera a hechos sociales que puedan ser descriptos en términos empíricos.

Desde otro orden de ideas, debe considerarse también que es engañoso afirmar tajantemente la separación entre derecho y moral. Las ideas morales influyen en la evolución del derecho, pues pensemos que el contenido de muchas normas jurídicas recepta precisamente valores morales vigentes en la sociedad y, a la inversa, las normas jurídicas influyen en actitudes morales de la sociedad. Pero también —como veremos más adelante— las valoraciones morales son incorporadas al derecho a través de principios y estándares en la interpretación jurídica.⁹

7. El concepto de derecho es empleado en forma diversa en contextos del discurso diferentes por abogados y jueces, de teóricos, antropólogos, sociólogos, historiadores, economistas, filósofos, etc. NINO, *Derecho, moral y política*, pp. 36-37.

8. ROSS, "El concepto de validez y el...", p. 206.

9. Por los distintos niveles de conexión entre derecho y moral véase NINO, *Derecho, moral y política*.

Pasando en limpio: definir *qué* es el derecho requiere que partamos de ciertas precisiones terminológicas y que optemos por algún modelo teórico. Aun cuando se pretenda definirlo en términos asépticos va a resultar imposible eliminar la vaguedad y carga emotiva de la palabra y tampoco se saldarían las profundas disputas teóricas acerca del concepto del derecho. Sin embargo, estas consideraciones permitirán presentar ordenadamente la exposición del tema. Tomar como punto de partida al derecho, en tanto sistema normativo que está respaldado por una autoridad institucional, implica reconocer que nos remite a un conjunto de hechos sociales que —en cuanto hechos— pueden ser analizados y descriptos. No negamos la posible existencia del derecho natural, pero no es objeto de este trabajo profundizar en su estudio. Reconocemos las múltiples relaciones del derecho con la moral y nos corresponde mostrar sus posibles puntos de contacto, pero sin olvidar que pueden existir soluciones jurídicamente correctas que no sean moralmente aceptables.

Habiendo llegado a este punto del texto ¿sigue pareciendo que definir derecho es una cuestión abstracta y compleja? Indudablemente sí. Por eso, propongo que avancemos hasta el final y luego repasemos estos conceptos que se irán afinando y haciéndose más amables. En los párrafos subsiguientes nos detendremos en identificar cuáles son o pueden ser los componentes de ése sistema, cómo son las relaciones entre dichos elementos y cómo funciona el sistema cuando nos encontramos frente a problemas de derecho.

III. LOS COMPONENTES DEL SISTEMA

Una primera y provisoria noción de derecho, entonces, es aquella que lo define como un sistema normativo que está respaldado por una autoridad institucional. Esto implica que el derecho está constituido por un conjunto de pautas de conducta, normas, reglas, principios, o elementos similares; que rigen en una determinada comunidad. Si tomamos este esbozo de definición, tan difundida tanto a nivel académico como popular,¹⁰ no es extraño que la cuestión de la *norma jurídica* sea precisamente el elemento

10. Casi invariablemente, cuando se pregunta a estudiantes universitarios de primer año qué es el derecho, en su abrumadora mayoría responden que es un conjunto de leyes, normas, reglas, etc.

fundamental de cualquier construcción teórica sistemática acerca del derecho. Así, de menor a mayor, el concepto de norma jurídica se muestra como la "célula" de nuestro organismo.

Como punto de partida deben identificarse las normas como *expresiones del lenguaje*. Las normas son enunciados lingüísticos. Por ello corresponde distinguir la expresión del lenguaje de su *significado*, pues la misma expresión puede tener una diversidad de significados. Por ejemplo, la palabra "autos" según el contexto en que se utilice, puede significar un conjunto de vehículos o un expediente judicial o un tipo de resolución judicial, etcétera. Así, vamos a partir de entender que el lenguaje no refleja la verdadera esencia de las cosas, sino que la relación entre lenguaje y realidad es convencional. Por esta razón, de ahora en más va a ser importante comprender el contexto en que son utilizadas cada una de las palabras relacionadas al derecho y que muchos de los problemas jurídicos remiten precisamente a un desacuerdo acerca de cuál es el "significado correcto" de las palabras de una determinada norma.

Si recordamos que existen diversos usos del lenguaje (informativo, expresivo, interrogativo, operativo),¹¹ encontramos dentro de esos usos el *lenguaje prescriptivo o directivo* que es el que busca influir en nuestro comportamiento. Este uso del lenguaje comprende las *normas* en general, pero bajo ese rótulo de prescripciones también se pueden incluir acciones tan variadas como las de suplicar, rogar, sugerir, recomendar, aconsejar, solicitar, pedir, reclamar, indicar, ordenar, mandar, imponer, etcétera.¹²

Hecha esa aclaración, una especie dentro de las normas son las *normas jurídicas*. Desde el punto de vista teórico se pueden identificar múltiples conceptos de norma jurídica y su definición es una cuestión que genera posiciones encontradas en términos similares a los del debate sobre *qué* es el derecho. Aun así, podemos tomar un par de esas definiciones y a partir de allí responder a grandes rasgos *qué* es una norma jurídica.

La *norma* en general se presenta como una prescripción formulada de tal forma que nos indica que determinado comportamiento no es optativo, sino que es obligatorio.¹³ En el caso específico de la *norma jurídica*, su particularidad estaría en que esa *obligatoriedad* es respaldada en alguna

11. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, pp. 15-17; NINO, *Introducción al análisis del derecho*, pp. 63-64.

12. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, p. 64.

13. HART, *El concepto de derecho*, pp. 7 y 8.

medida por un conjunto de instituciones con autoridad (por ejemplo, el Estado). Así, una forma muy difundida de entender esa obligatoriedad desde la óptica específica del derecho (para diferenciar a las normas jurídicas de otros tipos de normas como las morales o religiosas) es hacerlo de acuerdo con las consecuencias que acarrea el incumplimiento de la obligación. Desde este punto de vista, la norma jurídica propiamente dicha sería aquella que establece una consecuencia, una sanción, ante una transgresión (o acto antijurídico), es decir ante el incumplimiento de los deberes que nos impone la norma. Esa *sanción* es un acto coactivo que consiste en la privación de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor.¹⁴ En otras palabras, según este enfoque, la nota distintiva de la norma jurídica (y del derecho en general), estaría en los efectos que se producen si alguien no cumple con lo que la norma dice y esos efectos están respaldados por el Estado mismo. Una consecuencia de ello es que aquellos enunciados que no prevén expresamente una sanción deberían ser considerados como partes o fragmentos de verdaderas normas jurídicas coactivas.¹⁵ Los ejemplos que desarrollamos más abajo permitirán comprender con mayor precisión los alcances y limitaciones de este enfoque.

Ahora bien, ese intento de reducir el concepto de norma jurídica a la sanción muchas veces no encaja en la multiplicidad de formas que suelen tomar los enunciados que componen un sistema jurídico. Si hacemos el ejercicio de buscar al azar un puñado de enunciados que pueden integrar cualquier sistema jurídico, nos encontraremos que la formulación de estos es muy distinta. Por ejemplo, en los sistemas jurídicos modernos encontramos normas como las siguientes: 1) "Se aplicará prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro", 2) "Deben ser hechos por escrito los contratos que tienen por objeto la adquisición de inmuebles"; 3) "Corresponde a la Legislatura dictar leyes de organización de la educación". En el primer enunciado la obligación impuesta a las personas surge de forma clara (es obligatorio no matar a otro) y la sanción está expresamente descripta (la prisión). El segundo enunciado también establece una obligación (que el contrato sea por escrito) pero esa obligación solo se da en el caso en que yo decida libremente vender o comprar un inmueble. Parecería que la palabra "obligación" en este segundo caso

14. Aquí se expone esquemáticamente la teoría de Kelsen que predominó durante gran parte del siglo XX y cuya popularidad todavía persiste. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, pp. 58-60.

15. Kelsen denomina a estos fragmentos como *normas secundarias*. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 60.

tiene un significado algo distinto. Por último, el tercer ejemplo, más que obligación, otorga una facultad (o potestad) a un órgano para incorporar nuevas normas al ordenamiento o modificar las existentes.

Tal heterogeneidad de enunciados ocasionó que algunos autores entendieran que es insuficiente calificar como jurídicas únicamente a las normas que relacionen la obligación con una sanción. Una forma de plasmar esa diversidad de componentes estaría en reconocer que existen distintos tipos de normas. Es cierto que muchas veces sobresalen reglas que establecen una obligación, que prescriben que se hagan o se omitan determinadas acciones (*reglas primarias*) pero, además, se deberían incluir otros tipos de reglas (*secundarias*).¹⁶ Estas reglas secundarias, por ejemplo, pueden establecer *potestades* para crear o modificar reglas primarias, potestades que se confieren tanto a personas privadas (para crear reglas a través de contratos, testamentos, etcétera) o a autoridades públicas (para dictar otras reglas). Además, existen reglas secundarias que otorgan *competencias* para que determinados órganos puedan hacer cumplir las reglas primarias (por ejemplo, que los jueces puedan sancionar a quienes no las cumplan).

En este punto, es necesario detenernos brevemente y advertir algo que aparece como un elemento distintivo del derecho: la *autoridad*. Cualquiera sea el concepto de norma que adoptemos, se destaca la importancia que adquiere el carácter **institucionalizado** del derecho. Esto quiere decir que las sociedades modernas han sido capaces de crear normas que garanticen el cumplimiento de otras normas y la forma de hacerlo es a través de órganos institucionales (poderes ejecutivos, legislaturas, jueces, etcétera) con autoridad para modificar y aplicar normas. Así, la obligatoriedad se encuentra garantizada en última instancia por el uso de la fuerza.¹⁷ Estas características (la institucionalización y la coacción) son capaces de diferenciar el derecho de otros sistemas normativos como la moral, en donde solo existen reglas primarias de obligación.

16. Este es el clásico concepto de derecho como "unión de reglas primarias y secundarias" de Hart desarrollado en el Capítulo V de *El concepto de derecho*. HART, *El concepto de derecho*. En un sentido parcialmente similar, Ross describe que el orden jurídico está compuesto por normas de conducta y normas de competencia. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, p. 32.

17. Raz define precisamente el derecho como un sistema normativo, institucionalizado y coactivo. RAZ, *El concepto de sistema jurídico. Una...*, pp. 19 y 20. En forma similar Ross define el orden jurídico como un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales se ejerce la fuerza pública. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, p. 34.

Ahora bien, hasta aquí hemos tomado el derecho como un sistema de reglas y esto nos da un buen panorama para comprender —a grandes rasgos— nuestro objeto de estudio. Pero concebir el derecho únicamente como un conjunto de reglas está lejos de ser aceptado pacíficamente por todos los juristas.

Existe una idea muy difundida en las últimas décadas¹⁸ de que el derecho no se agota en reglas, sino que cobran relevancia los llamados **principios** como una especie distinta dentro del género norma jurídica. Así, se entiende que cuando los abogados razonan en términos de derechos y obligaciones utilizan unos *estándares* que funcionan de una manera diferente¹⁹ de las reglas. La diferencia entre reglas y principios no sería solo una cuestión terminológica, sino que tiene profundas consecuencias en el funcionamiento del derecho, aunque en la práctica no siempre sea sencillo distinguir claramente entre una y otro.

Si bien —como todo en esta materia— no existe una única definición de *principio jurídico*,²⁰ es probable que podamos enumerar algunas diferencias con las reglas según señalan los autores. En primer lugar, tanto las reglas como los principios se enuncian prescriptivamente (buscan influir o dirigir nuestro comportamiento), pero los principios serían más generales, flexibles e indeterminados.²¹ En segundo lugar, los principios no tendrían el mismo grado de obligatoriedad que las reglas, sino que son criterios valiosos porque remiten a contenidos morales (“nadie puede beneficiarse de su propia injusticia”) o políticos (“deben disminuirse los accidentes de tránsito”) compartidos por determinada sociedad²² y por ello dan razones para decidir en un sentido u otro en un caso concreto. En tercer lugar, las reglas

18. En especial en América Latina donde las obras de autores como Dworkin y Alexy tienen una enorme difusión.

19. Es paradigmática en este sentido la posición de Dworkin. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, p. 22.

20. Algunos autores han identificado hasta once acepciones diferentes de principio jurídico. ATIENZA & RUIZ MANERO, “Sobre principios y reglas”.

21. Alexy afirma que esta diferenciación basada en la *generalidad* no es decisiva. La diferencia de reglas y principios es solo una distinción de grado. ALEXY, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón...”.

22. Dworkin distingue así entre los *estándares* que fijan un objetivo a donde llegar que involucra una mejora en una característica económica, política o social de una comunidad (directriz política o *policie*); y los *estándares* que implican requerimientos de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad (*principle*). DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, pp. 22 y 23.

se aplican disyuntivamente, todo o nada (*all or nothing*), se cumplen o se incumplen —son válidas o inválidas—; mientras que los principios son *mandatos de optimización*,²³ esto quiere decir que pueden ser cumplidos en diversos grados. En cuarto lugar, y muy relacionado con lo anterior, mientras que para aplicar las reglas hace falta un razonamiento *subsuntivo*, los principios requieren un razonamiento mediante *ponderación*. En la última parte del trabajo definiremos estas dos operaciones.

Otra vez ¿parece esto demasiado abstracto? Lo es y por ello conviene ver algunos ejemplos.

En términos prácticos, la distinción entre reglas y principios tiene importancia en casos de *conflicto* entre normas. Pensemos, por ejemplo, que existe una norma provincial que diga que está prohibido fumar en espacios públicos y al mismo tiempo existe una norma municipal que expresamente permite hacerlo. Ambas son *reglas* según nuestra clasificación (más específicamente reglas primarias) y es claro que se contradicen porque una prohíbe realizar cierta acción y la otra lo permite. Solo una se aplica y excluye a la otra.

Ahora veamos qué pasa con los *principios*. Si estos colisionan, uno predomina frente al otro por su mayor *peso* en el caso concreto.²⁴ Por ejemplo, un sistema jurídico puede enunciar principios tales como “todos tienen derecho a ejercer una industria lícita” y “el Estado garantizará el acceso a la salud”. Así presentados y por sí solos, es dificultoso identificar con precisión cuál sería la obligación específica que se exige. Tal indeterminación hace que no parezca que los principios se apliquen directamente para resolver casos, pero sí para declarar cuáles deberían ser las finalidades (políticas y morales) que busca un determinado sistema. Supongamos ahora que una ley obliga a los fabricantes de cigarrillos a advertir sobre el riesgo de fumar (diciendo en los envoltorios que “fumar es perjudicial para la salud”). En un eventual conflicto entre los fabricantes y el Estado que aprobó esa ley, colisionan los dos principios arriba mencionados. Podría resolverse que el *derecho a la salud* tiene un peso relativo mayor que la *libertad de ejercer una industria lícita*,²⁵ pero eso no quiere decir que este último principio sea

23. Esta es la popular definición de Alexy. ALEXY, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón...”.

24. Se denomina a esta propiedad “dimensión de peso” (*dimention of weight*) de los principios que resalta Dworkin. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, p. 25.

25. Este es un recurrente ejemplo de Alexy para graficar su fórmula de ponderación. ALEXY,

inválido. Sobre esta cuestión de la contradicción entre reglas y principios profundizaremos en la última parte del trabajo.

Decir que los principios también integran un sistema jurídico es admitir que los problemas de derecho no se resuelven solamente con reglas, sino que a veces se acude a elementos morales y políticos que están "fuera" del sistema. Esto es importante de remarcar por dos motivos. En primer lugar, y en un plano más teórico, la relación entre principios y reglas vuelve a plantear el debate entre positivismo jurídico versus derecho natural en lo que respecta a la diferencia entre derecho y moral, tal como vimos antes. Pero también —desde un punto de vista práctico— las distintas combinaciones entre reglas y principios determinan la forma del razonamiento jurídico. Es decir que la posición teórica que nosotros adoptemos en este punto va a influir en cómo interpretamos, argumentamos y aplicamos el derecho (en cómo trabajan a diario abogados y jueces). Sobre esta última cuestión vamos a detenernos especialmente en la última parte de este trabajo.

Recapitulemos. Las normas en general son enunciados prescriptivos que buscan dirigir conductas, y para que algunas de esas normas puedan ser consideradas jurídicas debemos enfocarnos en las relaciones entre normas. En efecto, lo que caracteriza a un sistema jurídico es que existen normas que a su vez se refieren a otras normas. Una norma aisladamente considerada no puede ser jurídica (como veremos más adelante). No existe un único *modelo* de sistema jurídico en lo que respecta a los enunciados que lo componen. Se puede entender que el derecho está constituido por un conjunto de reglas de distinto tipo; o bien podría considerarse que es un conjunto de reglas y de principios. Pero en todo caso, un acercamiento ordenado y sistemático requiere claridad terminológica en cuanto a los elementos que lo componen, precisando a cada paso los alcances de esas definiciones. Por ello, optamos por incluir dentro del concepto genérico de *norma jurídica* dos especies principales: reglas y principios.²⁶ Las *reglas* pueden ser de distinto tipo según nos impongan obligaciones u otorguen

"Ponderación, control de constitucionalidad y representación".

26. Optamos aquí por una clasificación más simple por ser la más clásica, aunque hay otras propuestas muy interesantes y completas. Una de ellas es la de Atienza y Ruiz Manero, reproducida parcialmente en ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, pp. 301 y ss, en donde los autores, dentro de los enunciados normativos distinguen entre las normas constitutivas y regulativas, y dentro de estas últimas entre reglas y principios, pudiendo ser ambas de acción y de fin.

potestades para crear o modificar reglas y competencias para asegurar el cumplimiento. Además, podríamos reconocer la existencia de *principios* que suelen estar de manera expresa o tácita en los ordenamientos jurídicos modernos, y que son utilizados como vías para atenuar la rigidez de las reglas tal como veremos al final del trabajo.

En términos simples y volviendo nuestro conflicto entre *A* y *B*, en un sistema jurídico podemos encontrar enunciados tales como "todos los habitantes tienen el derecho a usar y disponer de su propiedad" o "el Estado se compromete a garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación de cualquier índole" (ambos son principios jurídicos). También probablemente identifiquemos reglas que prescriban que "el locatario debe pagar el precio convenido" (regla primaria de obligación) o que dispongan que "los contratantes son libres de determinar el contenido del contrato dentro de los límites de la ley" (regla secundaria que habilita a las personas a crear reglas primarias). Asimismo, podríamos identificar que existen reglas que otorgan autoridad a los jueces civiles para resolver conflictos entre contratantes (reglas secundarias de competencia).

De todos modos, el verdadero "campo de batalla" de las reglas y los principios estará, en definitiva, al analizar los casos que exigen una solución jurídica y ello será materia de la última parte del trabajo. De nuevo la recomendación será seguir la lectura hasta el final del texto y luego retomar estas definiciones.

IV. EN UNIÓN Y AUTORIDAD

Es significativo advertir que al sistema jurídico se lo denomine habitualmente *ordenamiento jurídico*, lo que nos da el indicio de que el conjunto de normas forma precisamente algún tipo de orden. De las partes vamos al todo. Las *partes* serían cada uno de los elementos que analizamos antes (reglas, principios). El *todo* estaría compuesto por la pluralidad de normas organizadas de una determinada forma: es el sistema jurídico considerado como una unidad. Al reconocer antes que las normas eran de distinto tipo y que, por ejemplo, había reglas que se referían a otras reglas (habilitando a crear nuevas reglas y a lograr su cumplimiento) ya se insinuó que existe una relación entre las normas. Sin embargo, vamos a ver a continuación que la noción de sistema jurídico no significa que exista un conjunto de normas que son esencialmente jurídicas reunidas de una determinada

forma, sino que —en sentido inverso— es el sistema jurídico lo que le otorga el “estatus” de derecho a cada norma. Si bien esto parece un juego de palabras oscuro, al final —esperemos— se esclarecerá.

En lo que sigue vamos a intentar describir el orden normativo y la primera cuestión consistirá, entonces, en responder cómo son las relaciones entre las normas de un sistema. Pero esto nos va a llevar a una segunda cuestión un poco más compleja ¿cuándo una norma *existe* como derecho? O, en términos prácticos, ¿cómo podríamos reconocer si una norma pertenece o no al sistema jurídico?²⁷ Ambas cuestiones están tan íntimamente relacionadas que incluso causan confusiones a muchos juristas. Desarrollemos brevemente esto.

IV.A. Orden, autoridad y validez

Veamos el primer problema. Una respuesta clásica a la cuestión de cómo están ordenadas las normas en el derecho requiere que se comprenda que el derecho es un sistema *dinámico*,²⁸ lo que básicamente quiere decir que el mismo sistema regula la creación de normas que lo integran (recordemos que existían reglas secundarias que permitían crear o modificar reglas primarias de obligación). Este rasgo dinámico del derecho se puede explicar a partir de una *estructura jerárquica*²⁹ en la cual las normas se ubican en diversos estratos que van de mayor a menor.

Las dos características del sistema (que sea dinámico y jerárquico) traerían como consecuencia que la creación de una norma está determinada por otra norma cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Esto no es tan difícil como parece. Utilizando una metáfora muy habitual, un sistema jurídico se asemejaría a una *pirámide* con tres niveles

27. Raz denomina a estos problemas como el *problema de la estructura* (¿existe una estructura común a todos sistemas jurídicos o a ciertos tipos de sistemas jurídicos?) y el *problema de la membresía* (¿cuáles son los criterios que determinan el sistema al cual pertenece una determinada disposición jurídica?). RAZ, *El concepto de sistema jurídico. Una...*, p. 18. Sin embargo, en este artículo no seguimos el abordaje del profesor Raz, cuya complejidad excede a las finalidades de nuestro trabajo.

28. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 112.

29. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 118.

principales.³⁰ En el nivel superior —en la cúspide de la pirámide—³¹ estaría la *Constitución* que tiene tres funciones esenciales: designar los órganos encargados de crear normas generales (por ejemplo, otorgando a la Legislatura la potestad de dictar leyes); establecer la forma o el procedimiento por el que se deben crear esas normas; y —a veces— la Constitución reconoce una serie de derechos individuales (subjetivos) que las normas deben respetar (por ejemplo prohibiendo que se dicten normas que habiliten la tortura). En el segundo nivel, inmediatamente debajo de la Constitución, encontramos las *normas generales* creadas según las pautas fijadas por la Constitución, lo que podría incluir leyes de una legislatura, decretos de un poder ejecutivo, resoluciones de un ministerio, etcétera. Por último, en el tercer nivel —en la base de la pirámide— estarían los actos que individualizan la norma general abstracta en los casos concretos creando *normas individuales*. Aquí las normas generales se aplican, por ejemplo, a partir de la actividad de los jueces (jurisdicción), la administración y los actos jurídicos de derecho privado (como los contratos).

Este modelo clásico de ordenamiento jurídico nos permitiría comprender sin demasiada dificultad cómo se vinculan las normas en una estructura a partir de ciertos hechos. Veamos un ejemplo de “abajo hacia arriba” en el esquema graficado. Una persona *A* le vende una casa a *B*. Ese contrato acaba de crear *normas individuales* que establecen obligaciones para cada uno de los contratantes (*A* debe entregar la cosa y *B* debe pagar un precio en dinero). Esas reglas, surgen de un acto privado que tiene como fundamento una *norma general* que otorga *potestades* a las personas para celebrar contratos. Supongamos que *B* no cumple con su obligación (no paga), entonces *A* puede lograr que un juez civil le ordene *B* que pague. Esa sentencia del juez es una *norma individual* —dirigida a una persona determinada— y la norma es válida (es derecho) porque existen *normas generales* de la Legislatura que prescriben que las partes que contrataron deben cumplir las obligaciones que asumieron. También aparecen aquí *normas generales* (reglas secundarias) que dicen que los

30. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, pp. 118-126. Este es —esquemáticamente— el famoso modelo que originalmente propuso Kelsen en 1936 a partir del cual se difundió popularmente la expresión de pirámide kelseniana.

31. Esta forma de entender el derecho está tan arraigada en la práctica jurídica, que es habitual referirse a la Constitución como “fuente primaria y fundante del ordenamiento jurídico”, “vértice del orden jurídico” o expresiones similares.

jueces civiles resolverán los conflictos que surjan de los contratos. A su vez estas normas generales son válidas (son derecho) porque fueron aprobadas según las reglas fijadas en la *Constitución*, pues la Constitución dice que la Legislatura del Estado es el órgano encargado de dictar esas normas generales de derecho privado a través de determinado procedimiento.

En este caso ordinario se aprecia de una manera clara que el fundamento de cada norma remitiría a otra norma formándose una *cadena de validez*,³² y esa validez es *formal*, pues está dada por la *autoridad* y el procedimiento que creó la norma, no por el contenido de esta. Pero el final de esa cadena de validez debe estar en algún punto. La norma individual es válida porque se deriva de una norma general; esta a su vez es válida porque deriva de la Constitución; la Constitución es válida porque se funda probablemente en constituciones anteriores, pero en algún momento se nos acaban los elementos a los cuales recurrir. Esta situación es objeto de muchas especulaciones. Clásicamente, se entendió que todo el sistema deriva de una *norma fundamental* originaria no derivada de ninguna otra. Esta no es una norma positiva (no es "puesta" por un hecho social), sino que es una mera hipótesis que es aceptada por los juristas y que otorga sentido normativo a los actos del primer constituyente. Por lo tanto, esta norma fundamental sería la que otorga *unidad* a todo el sistema, pues todas las normas se derivan de ella.³³

Por supuesto que la cuestión de la norma fundamental está lejos de ser aceptada pacíficamente por los filósofos del derecho. Se trata, en definitiva, de determinar qué vino primero: las normas que crean la autoridad o la autoridad que crea las normas. En última instancia correspondería reflexionar si los hechos jurídicos solo remiten a hechos sociales o si descansan también sobre elementos normativos previos (morales, naturales, divinos). Para intentar siquiera plantearnos estos interrogantes deberíamos entrar de lleno en discusiones de filosofía moral que no son objeto de este trabajo, pues deberíamos penetrar de los fundamentos últimos de la obligatoriedad

32. RAZ, *El concepto de sistema jurídico. Una...*, p. 126. Este autor, antes que pirámide, prefiere hablar de "arborescencia" para graficar el sistema kelseniano. Esto es así porque en realidad el sistema estaría compuesto por distintas cadenas de validez que se unen en un tronco común: la norma fundamental. RAZ, *El concepto de sistema jurídico. Una...*, pp. 127 y 128. De todos modos, debido a la popularidad de la expresión preferimos seguir utilizando aquí la metáfora de la pirámide.

33. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 113.

del derecho y nos alejaríamos del plano descriptivo del derecho objetivo. Nuevamente nos encontramos en el debate iusnaturalismo/positivismo.

Más allá del concepto oscuro de norma fundamental, las ventajas de analizar el derecho desde un esquema encadenado de validez son evidentes. Nos permite ubicar sencillamente el lugar que ocupa cada uno de los enunciados que forman parte de un ordenamiento jurídico y demostraría que una norma siempre *se funda* en otra norma. Así, tenemos criterios claros para saber si una norma es formalmente válida (cuando ha sido creada siguiendo las pautas fijadas por la norma superior), dando además cierta coherencia al sistema. Esto explica en gran parte por qué en países como el nuestro tiene tanta aceptación esta concepción del sistema jurídico. De hecho, todavía la enseñanza universitaria del derecho recurre predominantemente a este esquema.

IV.B. Existencia y vigencia

Hasta aquí el modelo es bastante convincente. No obstante, puede advertirse que es insuficiente para lo que buscamos. Desde un punto de vista descriptivo ¿una norma *existe* como derecho porque *deriva* formalmente de otra? Si no es así, entonces ¿cuándo una norma es derecho?

El ejemplo que vimos recién (del contrato de compraventa entre A y B) es un caso simple que no parecería que genere dificultades. Probemos con un segundo ejemplo entonces. Pensemos qué pasaría si la Legislatura de ese país aprueba una ley que prohíbe que las personas que profesen la religión X puedan comprar inmuebles en determinadas ciudades.³⁴ Paralelamente, la Constitución de ese Estado dice que todos los habitantes son iguales ante la ley, que todos tienen derecho a profesar libremente su culto, que toda persona puede ejercer sus derechos sin discriminación por motivos de religión, etcétera. Esa norma general (la ley de la Legislatura) ¿es válida? Según los parámetros que vimos antes parecería que no, pues la norma general fue creada contradiciendo la Constitución. La ley podría ser considerada formalmente inválida. Pero eso no responde del todo a nuestra pregunta: ¿la ley existe como derecho o es otra cosa?

34. La Corte Suprema de Estados Unidos, en "Buchanan v. Warley", decidió sobre la inconstitucionalidad de una ordenanza municipal que prohibía que personas de color ocupen casas en áreas donde la mayoría de las casas eran ocupadas por personas blancas.

Esto nos introduce de lleno a la cuestión de la **validez y vigencia** en el derecho. *Validez* es una palabra ambigua y bastante discutida en la teoría del derecho, y suele usarse en sentidos distintos cuando se refiere a las normas: 1) validez como cumplimiento de algunos requisitos formales tal como venimos viendo hasta ahora (por ejemplo, una norma es formalmente válida si ha cumplido las pautas fijadas por la norma superior); 2) validez puede asimilarse a la *vigencia* o eficacia social de la norma, es decir que sea efectivamente obedecida en una sociedad; o c) validez puede también remitir a la justificación de una norma según criterios de justicia o valoración moral lo que nos lleva de nuevo al debate positivismo/iusnaturalismo.

De todos modos, en este punto no entremos en discusiones terminológicas³⁵ y teóricas y directamente detengámonos en el segundo concepto que es el que más se adapta a nuestras finalidades descriptivas: una norma existe como derecho cuando es socialmente *vigente*. Recordemos que nos interesa describir el derecho sobre la base de los hechos sociales tal como se presentan, no como *deberían* presentarse. Queremos determinar si la norma *X es derecho* en el país *Z*. En consecuencia, vamos a decir que una norma *es derecho* (vigente, eficaz),³⁶ cuando sus destinatarios la observan generalmente (las cumplen) y cuando ciertos órganos institucionalizados las reconocen en sus decisiones³⁷ (por ejemplo, cuando son aplicadas por los tribunales).

En términos prácticos, volvamos al ejemplo de la ley que prohíbe que las personas que profesen la religión *X* puedan comprar inmuebles. Si nos centramos solo en su validez en tanto cumplimiento de requisitos formales, vimos que la norma no sería formalmente *válida* pues contradice expresamente a las normas superiores. Pero de todos modos veamos qué ocurre en la realidad de ese país. Observamos así que, efectivamente, la sociedad cumple la norma, pues —en general— las personas se niegan a venderles casas a personas de la religión *X*. También los jueces de ese país (que son los órganos institucionales) aplican habitualmente la ley de la Legislatura, es decir, declaran que los contratos que venden o alquilan inmuebles a

35. Sobre estas cuestiones terminológicas véase el análisis que hace Nino. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, pp. 132-141.

36. Raz identifica esto como el *principio de eficacia*. RAZ, *El concepto de sistema jurídico. Una...*, p. 243.

37. Desde una posición más propia del realismo, lo único decisivo es que la norma sea aplicada por el juez y es indiferente que los súbditos la acaten o desoigan. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, p. 35.

las personas de la religión *X* son inválidos por no cumplir con la ley. En este contexto, sería muy difícil negarle a esa ley el carácter de *derecho*. Es derecho que existe y seguirá existiendo como tal hasta que esa ley sea eliminada³⁸ (por ejemplo, cuando la Legislatura que la dictó la derogue, cuando un tribunal supremo la declare inconstitucional, o por otro medio reconocido por el sistema jurídico). En sentido contrario, piénsese qué pasaría si un Estado aprobara una ley que no fuese obedecida por nadie. Sería difícil decir que esa ley *es* derecho, solo sería una norma "de papel", mas no derecho vigente.

Un enfoque basado en la *vigencia* de las normas, y no solo en su validez, nos permite comprender que el derecho puede ser entendido a partir de la relación entre normas (como enunciados lingüísticos) y los hechos sociales que generan esas normas.

Esos hechos sociales que le dan origen a las normas vigentes son las llamadas *fuentes del derecho*.³⁹ Por ejemplo, la *costumbre* de determinada sociedad es un conjunto de hechos que genera espontáneamente normas consuetudinarias que pueden convertirse en normas jurídicas si son reconocidas socialmente y aceptadas por los órganos institucionalizados de la sociedad.⁴⁰ Además, los *actos privados* de las personas también pueden ser fuente de derecho al crear normas individuales reconocidas por el sistema, por ejemplo, mediante un contrato.⁴¹ Más allá de estos hechos —que probablemente podrían incluir otros más— en los sistemas jurídicos modernos se destacan dos fuentes: la *legislación* y la *jurisprudencia*.

La *legislación* debe entenderse como un procedimiento o un conjunto de actos llevados adelante por un órgano institucionalizado (por ejemplo, una legislatura), que crea normas generales y cuyo producto es un texto investido de cierta autoridad (ley, decreto, reglamento, orden ejecutiva, etcétera). La *jurisprudencia* —aunque es una palabra ambigua— refiere

38. Incluso Kelsen reconoce que una ley inconstitucional no es inválida, pues los tribunales deben tenerla por válida en tanto no haya sido derogada. Para él no son leyes inconstitucionales, sólo leyes defectuosas. No hay nulidad, sino anulabilidad. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, pp. 123-126.

39. Optamos aquí por no ingresar en la clásica distinción entre fuentes formales y materiales que no consideramos útil a nuestros fines.

40. De todos modos, como advierte Hart, la costumbre no es una fuente importante en el mundo moderno, es subordinada en el sentido de que la legislatura puede privar a una norma consuetudinaria de su status jurídico. HART, *El concepto de derecho*, pp. 56 y 57.

41. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 122.

fundamentalmente a los pronunciamientos (resoluciones, sentencias, decisiones) de órganos jurisdiccionales (jueces) que solucionan casos individuales, pero que generan gradualmente normas generales para resolver casos similares. Esto no quiere decir que en estos casos dichos órganos dicten normas generales, sino que se obtienen determinadas normas a partir de un conjunto de normas individuales. Cabe remarcar que la jurisprudencia será fuente de derecho cuando el ordenamiento jurídico vigente le atribuya obligatoriedad⁴² y esto incluye por supuesto a los países que siguieron el sistema inglés del *common law*, pero también a otros sistemas jurídicos en donde se reconoce autoridad obligatoria a las decisiones de tribunales superiores⁴³ aunque no exista una sanción legislativa en este sentido.⁴⁴

En un sistema jurídico moderno donde —como vemos— hay una variedad de fuentes, desde un punto de vista metodológico deberíamos buscar criterios con autoridad para identificar cuándo una norma es parte del sistema más allá de su ubicación en una cadena de validez. Una propuesta muy difundida es la que postula que en los sistemas jurídicos corresponde identificar una regla que nos dé criterios para *reconocer* a las otras reglas que forman parte del sistema. Esa regla —llamada *regla de reconocimiento*— puede ser muy simple (“lo que diga el Rey es derecho”) o muy compleja (“la Constitución de los Estados Unidos”) dependiendo de cada sistema. Esta puede hacer referencia a un texto revestido de autoridad, a una sanción legislativa, a la costumbre del pueblo, a las decisiones de algunos tribunales, entre otras.⁴⁵ Desde el punto de vista que nos interesa (el de un observador externo que quiere describir un sistema), la regla enuncia el o los hechos que son aceptados como derecho en una determinada comunidad. En otras palabras, nos suministra los criterios que deben tener las normas para pertenecer al derecho. Por ejemplo, como observadores externos, podríamos reconocer el hecho de que en Inglaterra reconocen

42. Por ello es necesario distinguir cuando se recurre a la jurisprudencia como autoritativa (obligatoria, vinculante) de cuando se utiliza como un elemento persuasivo o interpretativo.

43. El caso de la jurisprudencia obligatoria de la Corte Suprema argentina fue tratado en detalle por Legarre. LEGARRE, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de...* Otros casos de jurisprudencia obligatoria en los sistemas de derecho continental podrían encontrarse en la doctrina legal vinculante de algunos tribunales de casación (Cfr. OVEJERO, “La doctrina legal vinculante de la...”).

44. CUETO RUA, *Fuentes del derecho*, p. 30.

45. HART, *El concepto de derecho*, pp. 117 y 118, 125-137.

como derecho “cualquier cosa sancionada por la Reina en Parlamento”.⁴⁶ Al ser un hecho (o conjunto de hechos) no podríamos decir que la regla de reconocimiento es válida ni inválida, pues la validez refiere a las cuestiones que se dan “dentro” de un sistema de reglas.

Resumamos. Las normas aisladamente consideradas no pueden ser derecho. Si entendemos que el derecho está compuesto por una pluralidad de normas, esas normas son (existen como) derecho en tanto y en cuanto pertenezcan a un sistema jurídico. Es lo mismo que decir que el sistema permite *reconocer* si una norma pertenece o no al derecho. Podemos recurrir básicamente a dos criterios para determinar la existencia de una norma. Un criterio formal nos dice que una norma positiva existe cuando es *válida*, es decir cuando se deriva de otra norma que autorizó su creación. Pero un criterio más realista, afirma que una norma *es* derecho cuando tiene *vigencia o eficacia* (es socialmente obedecida por los ciudadanos y por los órganos institucionales) aun cuando esa norma sea “defectuosa”. Ambos criterios muchas veces son utilizados en conjunto, pero en términos prácticos trabajan en esferas distintas. Por ejemplo, si lo que queremos es averiguar si cierta norma es inconstitucional, por supuesto recurriremos a los conceptos de validez y —como operadores de derecho— probablemente procuraremos que esa norma sea eliminada del sistema. Sin embargo, si lo que tenemos que hacer es identificar cuando una norma es parte de un sistema jurídico (para describir el sistema o para aplicarla), nos corresponde en cada caso identificar que esa norma *exista*, es decir que sea vigente.

V. DEL PLANO A LA ACCIÓN

Hasta aquí tenemos algunas herramientas teóricas básicas para diseñar una especie de plano complejo del sistema jurídico con sus elementos principales (reglas y principios) y las “líneas” que los unen, es decir las relaciones dinámicas entre esos elementos (validez y vigencia). Pero nuestro objetivo —como el de todo teórico— no se puede limitar a armar un esquema formalmente atractivo, sino que necesitamos inmediatamente ponerlo en funcionamiento para resolver los conflictos sociales que buscan solución en el derecho. Una teoría útil en este sentido va a ser aquella que,

46. HART, *El concepto de derecho*, p. 128.

partiendo de los conceptos analizados, nos ayude a describir las actividades de los juristas (jueces, abogados, etcétera) cuando se enfrentan a problemas concretos. Esta parte de la teoría del derecho suele denominarse *interpretación jurídica*.⁴⁷

Obviamente —como todo en esta materia— la definición de lo que abarca la *interpretación* en el derecho no es algo en lo que todos estén de acuerdo. Tradicionalmente se define la interpretación como el descubrimiento del significado específico de una ley, un contrato u otro documento escrito;⁴⁸ o más concretamente, como la explicación o declaración del sentido de alguna cosa dudosa, en particular cuando esa cosa es el texto de una ley.⁴⁹ Muchas veces se incluye bajo el mismo rótulo a actividades íntimamente relacionadas pero distintas, tales como *aplicación* del derecho, *integración* de una norma con otras normas, *creación* de una norma inferior, entre otras. Como en nuestro caso no buscamos elaborar una metodología sino simplemente describir lo que los juristas hacen, vamos a enmarcar la cuestión dentro del *razonamiento jurídico*, entendiéndolo como un conjunto de métodos de pensamiento y de argumentación utilizados por los intérpretes para determinar la respuesta jurídica a los casos concretos. A continuación, vamos a distinguir entre casos claros y casos “de penumbra”⁵⁰ que tienen algún tipo de dificultad para ser resueltos.

V.A. Casos claros

Frente un conflicto concreto, la mayoría de las veces la solución jurídica suele ser simple. Son casos con soluciones relativamente claras.⁵¹ Aquí el intérprete se comporta como un mero observador externo y necesita fundamentalmente describir hechos y normas. Volvamos al caso

47. Por lo general, en las materias de Teoría General del Derecho o Introducción al derecho, esta parte, a veces denominada hermenéutica jurídica, es donde confluyen las restantes unidades de la sistemática jurídica (las teorías de la norma, del ordenamiento jurídico, de los conceptos jurídicos fundamentales, las fuentes del derecho y —a veces— una teoría de los valores jurídicos).

48. Black’s Law Dictionary.

49. ROMBOLÁ, *Diccionario Ruy Díaz de ciencias jurídicas y sociales*.

50. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 44. Aunque el autor se refiere esencialmente a los problemas de lenguaje, utilizamos aquí penumbra para referirnos también a otros tipos de oscuridades.

51. Esta afirmación cobra mayor entidad en sociedades como la nuestra en donde la mayoría de los conflictos jurídicos llegan a instancias judiciales buscando una solución jurisdiccional.

de la compraventa inmobiliaria entre *A* y *B* que vimos antes (en donde hipotéticamente *B* no pagó el precio acordado) y advirtamos cómo empiezan a vincularse todos los conceptos que estudiamos hasta aquí. Para declarar que *B* es responsable por incumplimiento contractual (y así por ejemplo forzarlo a cumplir), la jueza debe examinar la *existencia de hechos* (que exista el contrato, que *B* no haya entregado el dinero, etcétera) y también debe identificar *cuáles son las normas* que controlan al caso. Y esas normas son de distinto tipo. Aparecen reglas individuales que prescriben cuáles son las obligaciones convenidas por *A* y *B* en el acto jurídico (el contrato). También se evidencian *normas generales*, entre ellas se reconocen *reglas primarias* de obligación (que digan por ejemplo que las personas deben cumplir lo que prometieron en los contratos) y *reglas secundarias* (como las que confieren a las personas potestades para contratar, que adjudican competencia a los jueces civiles para resolver estos conflictos, etcétera).

A partir de los datos que arroja el análisis del caso, una operación lógica permite construir una *premisa mayor* o normativa (“si alguien incumple un contrato, entonces la otra parte puede obtener el cumplimiento forzado por vía judicial”). También se puede construir una *premisa menor* o fáctica (“*A* cumplió su parte del contrato y *B* no cumplió”). Entonces la conclusión lógica es que *A* puede obligar judicialmente a que *B* cumpla, es decir que pague el dinero que debe. Como consecuencia de este razonamiento, el órgano institucional (la jueza) puede tomar todas las medidas para compeler a *B* a que pague su deuda, incluso a través de la fuerza pública (por ejemplo, privándolo de sus bienes para obtener el dinero necesario para saldar la deuda).

El anterior es un típico caso de *silogismo subsuntivo*, **subsunción** entendida simplemente como una operación lógica que consiste en encuadrar una acción en una norma. Es *calificar* jurídicamente un hecho. Con seguridad este es el razonamiento más habitual (aunque no el único) entre los operadores del derecho, aunque muchas veces no lo expliciten. Los problemas serios comienzan —como veremos— cuando tenemos dificultades para “construir” cada una de las *premisas* que son las afirmaciones que sirven de pasos de nuestros razonamientos. Para formular la premisa menor (la que se refiere a los hechos) se deben obtener una serie de datos de la realidad para probar que efectivamente esos hechos ocurrieron. Es una cuestión meramente *probatoria* (debemos demostrar que *B* no pagó su deuda, identificar quién mató a otro, determinar si un automovilista cruzó el semáforo en rojo,

etcétera).⁵² Por el contrario, la construcción de la premisa mayor o normativa (que refiere a las normas aplicables al caso) es esencialmente una actividad teórica. Sobre esta última cuestión nos centraremos de ahora en más.

La premisa normativa, en general, es una regla que tiene la siguiente forma: "si se dan las circunstancias o condiciones de aplicación X (un caso genérico), entonces alguien puede, debe o tiene prohibido realizar una determinada acción".⁵³ En nuestro caso, recordemos, la premisa era "si alguien incumple un contrato, entonces la otra parte puede obtener el cumplimiento forzado por vía judicial".

Desde un punto de vista metodológico va a ser necesario en cada caso encontrar el significado de la acción prohibida o permitida por la norma y esto va a depender de la fuente del derecho que nos provea de esa norma. Si esa regla surge de un *texto escrito* que tiene autoridad (una ley, un contrato), la pauta interpretativa dice por lo general que se deben respetar las palabras en el sentido que tienen en la vida diaria, utilizándolas con el alcance que le ha dado quien ha redactado el texto,⁵⁴ aunque —como veremos— esto a veces puede ocasionar discusiones. Distinto es el caso en que la norma aplicable es de *origen jurisprudencial* en donde es necesario hacer un esfuerzo más. La jurisprudencia —en los casos que el sistema jurídico le otorga el carácter de obligatoria— no está constituida por normas generales expresadas en palabras, sino que son un conjunto de normas individuales (precedentes judiciales) que solucionaron casos particulares. Aquí se utiliza un proceso que consiste en formular reglas a partir de la generalización de las soluciones de esos casos anteriores. Es un *razonamiento mediante ejemplos*. Esto se suele hacer en tres pasos: se descubren semejanzas entre los casos; se expresa la regla de derecho implícita; y por último se aplica esa regla al caso que tenemos que resolver.⁵⁵ Por supuesto que tal método no es mecánico, pero basta en este punto tener en cuenta

52. En realidad, los tribunales de primera instancia proporcionan un foro para discutir versiones de hechos, mientras que en los tribunales de apelaciones se centran en cuestiones de derecho. ATIENZA, *Las razones del derecho*, pp. 95 y 96.

53. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, p. 183.

54. La Corte Suprema de la Nación recurre a esta regla de interpretación de acudir a las palabras utilizadas por el legislador que no son superfluas sino empleadas con algún propósito (CSJN, "Frente para la Victoria"; "Bolaño"; "Arancibia Clavel"; "I.S.S.A.R."; "Anzoátegui"; entre otros).

55. Este es esencialmente el método descripto por Levi. LEVI, "An Introduction to Legal Reasoning".

que cuando se trabaja con derecho jurisprudencial, lo determinante para construir la regla son los hechos de los casos anteriores y no las palabras.

V.B. Casos de penumbra

Ahora bien, el caso que venimos utilizando como un ejemplo de razonamiento jurídico típico es simple y ojalá todos los problemas jurídicos fuesen tan fáciles de resolver. Pero no siempre es así, pues la determinación de la solución jurídica particular puede chocar con dificultades. En primer lugar, existen algunos *defectos de "diseño"* del sistema, por decirlo de alguna manera. Estos se dan por *problemas terminológicos*, cuando hay palabras utilizadas en los enunciados que no son muy claras. Pero también surgen *problemas lógicos*: ya sea porque existen normas en el sistema que se contradicen entre sí, o porque no hay una norma (o conjunto de normas) que se aplique específicamente al caso (las llamadas *lagunas normativas*). Por lo general, los propios sistemas jurídicos fijan algunas pautas (a través de reglas o principios) para subsanar estas fallas "de diseño" que podría tener un determinado ordenamiento. Desde otro punto de vista, podríamos toparnos con casos que son difíciles de resolver, no porque falte una norma aplicable o porque ella sea oscura, sino porque su aplicación produce resultados injustos (*lagunas axiológicas*).

Un punto de partida en la cuestión de cómo solucionar estos problemas, va a estar —nuevamente— en tomar una decisión teórica. Una posibilidad es reconocer que la norma debe verse como un marco abierto a varias posibilidades y el órgano autorizado a dictar una norma inferior *decide voluntariamente* dentro de ese margen. Así, la norma superior siempre deja un espacio para la de voluntad, a disposición del órgano que deba dictar la norma inferior. Por ejemplo, cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* que proceda a la detención de un delincuente, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces. Desde este punto de vista, la interpretación es un *acto de voluntad* de la autoridad en la medida que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.⁵⁶ Cualquier indeterminación de la norma es solucionada entonces por la autoridad.

56. Este es un típico caso de concepción voluntarista o decisoria de la interpretación, representada paradigmáticamente por Kelsen. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, pp. 129-134.

Distintas serán las respuestas si partimos de reconocer que el derecho no es solo la voluntad y discreción de la autoridad. Esto se da cuando nos referimos a *descubrir* o *hallar* el significado objetivo de la norma, sea este el que efectivamente quiso poner la autoridad que la creó, o el que se le acuerda al uso lingüístico en determinados contextos.⁵⁷ Avancemos entonces por este carril para entender que la *interpretación* es el descubrimiento del sentido de la norma (pues en realidad el otro carril que asimila la interpretación a la voluntad discrecional de los órganos no necesita más análisis al basarse en un mero hecho de autoridad).

V.B.1. Problemas del lenguaje

Recordemos que, por definición, las normas en tanto expresiones lingüísticas son comunicadas mediante palabras y su significado es convencional, es decir que depende del contexto en que se utilicen. Por ello vimos que las palabras tienen muchas veces problemas de ambigüedad, vaguedad y carga emotiva. Incluso en normas relativamente sencillas se puede encontrar esta penumbra del lenguaje (es la llamada "textura abierta" del derecho).⁵⁸ Pensemos en una regla que prohíba el uso de vehículos en un parque, y se evidenciará que la palabra *vehículo* puede parecer indeterminada para incluir o excluir dentro de su concepto a automóviles, motocicletas, coches de bebés, bicicletas, autos eléctricos de niños, sillas de ruedas a motor, etcétera. Ante esta indeterminación tenemos dos caminos: o entendemos que el intérprete decide discrecionalmente el alcance de la palabra, o bien se busca identificar el "propósito" de la norma para determinar el significado de la palabra (por ejemplo, el objetivo social de la regla puede haber sido preservar la tranquilidad, evitar la polución, proteger a los peatones, etcétera).

Existen distintos métodos interpretativos para averiguar el sentido de las palabras, entre los que podemos destacar dos: 1) el que dice que se debe tener en cuenta el significado que *originalmente* se le otorgó al texto normativo: lo que efectivamente quiso decir quien redactó la norma; o bien, 2) el criterio según el cual puede evaluarse la *finalidad* de la norma y así entender que el texto debe leerse de acuerdo con un determinado contexto,

57. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, pp. 45 y 46.

58. HART, *El concepto de derecho*, pp. 155-161. El mismo autor es el que plantea el ejemplo de la norma que prohíbe vehículos en el parque.

no desde el sentido literal de las palabras, sino a partir del problema social que se propuso resolver la norma.⁵⁹ Por ejemplo, en un sistema podríamos tener una norma vigente desde hace más de dos siglos que prohíba los castigos *cruels*,⁶⁰ término que adolece de vaguedad. Para saber qué castigos pueden ser incluidos en ese concepto ¿debemos entender que solo se prohíben los castigos considerados crueles cuando se redactó la norma hace dos siglos (la tortura)? O bien ¿ese término vago puede ser comprendido de acuerdo con lo que contemporáneamente podemos entender como castigo cruel? El criterio por el que optemos va a llevar a distintas soluciones a problemas como la pena de muerte, el hacinamiento de presos, las condiciones de las cárceles, etcétera.

V.B.2. Defectos lógicos

Aparte de los problemas terminológicos, un sistema jurídico puede tener fallas de índole lógica, ya sea porque haya normas que se contradigan entre sí o porque directamente no exista una norma (o conjunto de normas) que puedan resolver el caso. Cuando existen dos o más *normas contradictorias* que se aplican al caso aparece una falla que atenta contra la pretensión de coherencia que buscan los ordenamientos jurídicos. Esta contradicción (o *antinomía*) se da principalmente entre reglas. Pensemos, por ejemplo, que un sistema jurídico tiene una regla que agrava la pena a quienes lesionen a un familiar directo y otra regla que disminuye la pena si la lesión fue causada en estado de emoción violenta ¿qué pasaría si *simultáneamente* concurren el agravante y el atenuante? ¿cómo se resolvería el caso de un hombre que lesione a su esposa en estado de emoción violenta?⁶¹ Por lo general, los sistemas establecen (explícita o implícitamente) una serie pautas para resolver estos conflictos entre normas. Así, la *ley superior* prevalece cuando las

59. Esta cuestión es especialmente debatida en países como Estados Unidos en lo que respecta a la interpretación constitucional, enfrentándose básicamente las posiciones del originalismo y las que de la "constitución viviente" (*living constitution*). En Argentina, el Código Civil y Comercial directamente optó por "la finalidad de las leyes" (artículo 2) como criterio de interpretación. Los redactores del código con esto expresamente quisieron excluir cualquier interpretación "originalista". KEMELMAJER DE CARLUCCI, "La entrada en vigencia del nuevo...", p. 11.

60. Por ejemplo en la Constitución de Estados Unidos, la enmienda VIII data del año 1787.

61. NIÑO, *Introducción al análisis del derecho*, pp. 276 y 277. El autor tomó el ejemplo del caso "Britos" un caso de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital del 29/07/1944.

normas contradictorias son de distinta jerarquía (por ejemplo, una norma constitucional y una ley); la *ley posterior* predomina sobre la promulgada con anterioridad; y la *ley especial* prevalece cuando está en conflicto con una más general.⁶² Por supuesto que estas pautas son muy generales y no pueden aplicarse mecánicamente como si fueran leyes lógicas, sino que están sujetas muchas veces a evaluaciones pragmáticas de los jueces.⁶³ Estas cuestiones se ilustrarán mejor con algunos ejemplos más adelante.

El defecto lógico opuesto a la contradicción entre reglas se produce cuando existe un *vacío* de solución normativa ante un caso. Es una *laguna* en un sistema normativo que ocurre cuando ese sistema no correlaciona una clase de casos con alguna calificación normativa. Aquí la discusión teórica se suele dar entre los que consideran que no existen esas lagunas normativas y los que aceptan la existencia de esas fallas del sistema. El primer criterio entiende el derecho como un sistema cerrado a partir de un *principio de clausura* que suele enunciarse como "todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido" razón por la cual el derecho vigente siempre sería aplicable y permitiría resolver cualquier litigio.⁶⁴ El criterio contrario señala precisamente que esas fallas lógicas del sistema sí pueden ocurrir.⁶⁵ Lo cierto es que no es extraño que los sistemas reconozcan la posibilidad de que existan vacíos normativos, proveyendo incluso pautas para subsanarlos en los casos concretos. Por ejemplo, es tradicional la referencia a la *analogía* como método que consiste en asimilar el caso no calificado normativamente a otro que lo esté sobre la base de tomar como relevante alguna propiedad que posean en común ambos casos.⁶⁶ Además de la analogía, aquí los *principios* juegan un rol importante tal como veremos más adelante.⁶⁷

62. Este criterio fue utilizado por ejemplo por la Corte Suprema de la Nación para determinar la aplicación de la Ley de Seguros por sobre la Ley de Defensa del Consumidor. CSJN, "Flores Lorena Romina c/ Giménez Marcelino y otros s/ Daños y perjuicios", voto de Rosenkrantz.

63. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, pp. 275 y 276.

64. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 135.

65. La crítica más clásica al principio de clausura es la de Alchourrón y Bulygin. ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología...*

66. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, p. 285.

67. El Código Civil y Comercial expresamente prescribe que "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" (artículo 2).

V.B.3. Problemas de corrección de las normas

Tradicionalmente se suelen distinguir esas lagunas normativas (las que vimos recién) de las *lagunas axiológicas o valorativas*. En estas últimas el caso que hay que resolver sí está regulado por normas, pero de manera insatisfactoria. En otras palabras, existe un caso correlacionado por el sistema normativo con determinada solución, pero hay una propiedad que es irrelevante para el caso de acuerdo con el sistema, pero debería ser relevante en virtud de ciertas pautas valorativas o de justicia. Los juristas hablan así de lagunas cuando la solución es inadecuada porque quien creó la norma no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta.⁶⁸ Por ejemplo, si tenemos una regla que prohíbe dormir en la estación de trenes y se presenta el caso de una persona que, cansada después de trabajar, se durmió sentada un momento esperando el tren ¿corresponde aplicar la regla? Aquí la solución normativa es clara, pero parecería injusta, pues (podríamos valorar que) es una situación que debió haber sido prevista y quien creó la norma no lo hizo.

Reflexionemos un momento sobre cómo cambia el juego a partir del problema de las lagunas axiológicas. Ya no se trata de determinar los alcances de una regla o de buscar una solución normativa a partir de integrar reglas y principios. Aquí existe la posible consecuencia de que se dejen de aplicar normas vigentes. Entonces la pregunta a responder es ¿cuándo estaría justificado apartarse de la norma vigente de un sistema jurídico? Esta es una de las cuestiones más debatidas en la teoría jurídica moderna.

La respuesta por la que optemos para responder de esa pregunta nos va a obligar muchas veces a retomar el persistente debate entre iusnaturalismo y positivismo. Clásicamente, cuando la norma es rígida o "equivocada" ante circunstancias particulares de un caso, se recurre a la *equidad* como una directriz que acomoda la regla a la realidad. La equidad así entendida *corrige* la solución normativa, estableciendo un criterio de justicia para el caso concreto y así se evitaría un "excesivo apego a la letra de la ley". Otro concepto "no positivista" muy difundido es el que establece que el derecho *extremadamente injusto* no es derecho.⁶⁹ Esta fórmula surgió en

68. ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología...*, pp. 155 y 156.

69. Esta es conocida como "fórmula Radbruch".

situaciones donde había una contradicción insoportable entre la ley y la justicia. Tal criterio se aplicó, por ejemplo, en tribunales alemanes para determinar que correspondía condenar a dos guardias fronterizos de la República Democrática Alemana que dispararon a matar a un fugitivo que cruzaba hacia Alemania Occidental. Los soldados fueron condenados incluso cuando existía una norma expresa que los habilitaba a *abatir* a quienes traspasen ilegalmente la frontera.⁷⁰

Ahora bien, más allá de estos criterios, desde un punto de vista metodológico, en todos los casos que se identifiquen lagunas (sean normativas o axiológicas) los *principios jurídicos* adquieren protagonismo. Repasemos entonces.

Vimos en la primera parte del texto que existía la posibilidad teórica de reconocer que un sistema jurídico no solo esté compuesto por reglas sino también por principios. Asimismo, describimos que ambos conceptos operaban de distinta forma. Las reglas lo hacían de una manera disyuntiva (todo o nada) y por lo tanto la tarea del intérprete era fundamentalmente identificar la regla que controla el caso concreto y *aplicarla*. Si tenemos, por ejemplo, una regla municipal que prohíbe la colocación de antenas de telefonía y una regla nacional que permite la colocación de esas antenas, no pueden ser las dos válidas. Es un típico caso de contradicción normativa: una permite lo que la otra prohíbe. Corresponde entonces aplicar una (mediante la *subsunción*) y excluir la otra.⁷¹

Con los principios pasa algo distinto y el esquema argumentativo en estos casos se suele denominar **ponderación**. Como los principios no se excluyen entre sí, es necesario determinar cuál va a primar en el caso concreto y cuándo está justificado limitar la aplicación de otro principio que se le oponga. La versión más utilizada de este tipo de razonamientos es la que indica que para ponderar entre dos principios que colisionan hacen falta tres pasos: establecer los grados de insatisfacción de un principio; establecer la importancia de satisfacer el principio opuesto; y establecer si satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primero.⁷²

70. Los casos de los centinelas del muro son muy tratados por la teoría del derecho. ALEX, "Derecho injusto, retroactividad y principio de...", pp. 197-230.

71. Un caso similar fue tratado por la Corte Suprema de la Nación, donde en realidad se decidió que el municipio con esa ordenanza había entrometido en un aspecto regulatorio que era competencia exclusiva de las autoridades federales. CSJN, "Telefónica Móviles Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes".

72. ALEX, "Derecho injusto, retroactividad y principio de...".

A partir de aquí se suele representar una "fórmula de peso" (en cuyos detalles no entraremos en este trabajo), según la cual podríamos identificar el nivel de interferencia de los principios (leve, moderado y grave).

Veamos un par de ejemplos. Antes, al tratar la diferencia entre reglas y principios, vimos la colisión entre dos principios: uno garantizaba la libertad de ejercer una industria lícita (comercialización de tabaco) y el otro garantiza el derecho a acceder a la salud (advertencias obligatorias en los paquetes de cigarrillos). Para resolverlo se utilizó precisamente un esquema de ponderación, considerándose que en el caso estaba justificada una interferencia leve del primero de los principios. En el mismo sentido, se puede acudir a ese razonamiento en un caso en que un tribunal tenga que decidir si lleva a cabo la celebración de un juicio oral contra un inculpado al que amenaza el peligro de un ataque de apoplejía y un infarto por el estrés del juicio. Aquí entran en tensión los principios según los cuales el Estado debe mantener el funcionamiento del sistema penal y el derecho fundamental del acusado a la vida y a la integridad física. La solución de nuevo consistirá en *balancear* intereses contrapuestos, de lo que se obtendrá que el derecho a la vida y la integridad física tiene un peso relativamente mayor que el principio opuesto.⁷³ El principio contrario cede, se limita, pero no se declara inválido. Son los hechos concretos del caso los que determinan entonces el nivel de afectación de un principio (leve, moderado o grave) para satisfacer el principio contrario.

Los casos que generan mayores desafíos son aquellos en los que un mecanismo de ponderación de principios puede llegar a declarar no aplicable una norma vigente. Pensemos un ejemplo extremo. Un oficial de policía ejerce coacción (principalmente tortura psicológica) a un secuestrador para obtener información de la ubicación de un niño secuestrado. El policía tenía elementos ciertos para considerar que la vida del niño corría serio peligro. ¿Ese policía debe ser condenado como responsable de violar una norma fundamental que prohíbe absolutamente cualquier tipo de tortura?⁷⁴ Para responder un interrogante tan difícil, evidentemente jugarán un rol determinante ciertos criterios morales y, nuevamente, la discusión saldrá del terreno del derecho objetivo y penetrará en la filosofía moral.

73. Este es el ejemplo con que Alexy ilustra la *colisión* entre principios. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, pp. 49-54.

74. Este es el conocido caso "Jakob von Metzler", que llegó incluso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. TEDH, "Gäfgen v. Germany".

La ponderación como método ha tenido mucha recepción en los tribunales de todo el mundo, principalmente en materia constitucional. Es natural entonces que sea uno de los temas más discutidos en la filosofía del derecho contemporánea y es blanco de muchas críticas. Por supuesto, excede a nuestros fines profundizar en estas discusiones. Sin embargo, necesitamos en este punto tener en claro que, aunque a veces se contraponga de manera radical la ponderación a la subsunción, eso puede resultar engañoso. La ponderación es en realidad un tipo de argumentación de dos pasos: el primero consiste en pasar de los principios a las reglas (construir nuestra premisa normativa) y el segundo es precisamente una subsunción.⁷⁵ Así la *racionalidad*, en el sentido de corrección lógica, cede un poco y se convierte en *razonabilidad* entendida como cierto equilibrio y justificación moral.

En todo caso, la importancia actual de los razonamientos fundados en principios es evidente. Por un lado, la incorporación de una gran cantidad de principios provenientes de tratados de derechos humanos empieza a matizar las diferencias entre el iusnaturalismo y el positivismo. Pero además, en términos prácticos, la relevancia de la cuestión se muestra en varios niveles de la argumentación jurídica: 1) los principios son utilizados naturalmente para llenar vacíos normativos,⁷⁶ es decir, para construir una regla cuando el sistema no la proporciona de manera clara; 2) son usados por algunos tribunales para llevar adelante el control de constitucionalidad de una norma y lograr que la norma inconstitucional sea eliminada del sistema jurídico; 3) en otras oportunidades, la ponderación sirve como un mero elemento retórico secundario que simplemente quiere persuadir que la solución arribada es la correcta;⁷⁷ y 4) existe también cierta tendencia de utilizar herramientas metodológicas basadas en principios jurídicos para *no aplicar* la regla que controla el caso por no coincidir esta con ciertas valoraciones morales o políticas.⁷⁸ En este último aspecto, se resuelve en

75. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, p. 184.

76. Aquí se entiende que los principios acotan discrecionalidad en los casos difíciles. LORENZETTI, *Código Civil y Comercial Comentado*, pp. 35-42.

77. En el fallo ya mencionado de la CSJN, “Telefónica Móviles Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes”, el Juez Lorenzetti parecería que hace esto.

78. Por ejemplo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, fundándose en principios constitucionales generales, decidió no aplicar el plazo de prescripción previsto por la Ley de Seguros (1 año) —que era la ley específica— y optó por un plazo genérico

contra de lo que la norma vigente expresamente prescribe, no porque la regla se considere inválida o inconstitucional, sino porque sería "inadecuada" para la solución del caso. Por supuesto que ello implica admitir un margen de discrecionalidad bastante amplio para el juez o la jueza.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

Terminemos donde comenzamos y retomemos, entonces, el caso del contrato de locación con la cláusula que prohibía que la propiedad fuera ocupada por personas de la religión *X*.⁷⁹ Según lo analizado a lo largo del trabajo, quizás no tengamos la respuesta a todos los interrogantes que allí surgían, pero sí tenemos ahora una "caja de herramientas" para buscar la solución del conflicto. Esa búsqueda debe partir del sistema jurídico en donde se enmarque la relación contractual. Probablemente este punto de partida parezca demasiado obvio y podría considerarse que se quiere equiparar el derecho con "lo que la ley dice". No es tan así. El sistema jurídico nos proveerá criterios con autoridad para identificar las normas que resuelven el caso y así distinguir cuáles son los enunciados a los que podemos darles el carácter de derecho objetivo, y cuáles no. A partir del sistema podríamos identificar una norma (o conjunto de normas) y construir nuestra premisa normativa que prescriba por ejemplo que "las partes son libres para determinar el contenido del contrato, pero no pueden incluir cláusulas irrazonables; se consideran irrazonables las cláusulas que discriminen por motivos religiosos, y tales cláusulas deben tenerse por no convenidas". Pero para construir esta premisa normativa seguramente hayamos tenido que determinar el sentido de ciertas expresiones terminológicas, sortear alguna contradicción entre normas vigentes e integrar disposiciones de

mayor (5 años), sin declarar la inconstitucionalidad de la primera norma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, "Sittner Nérida Élica c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A".

79. En algunos elementos esenciales este caso hipotético se basa en "Shelley v. Kraemer" de la Corte Suprema de Estados Unidos. En el caso se resolvió que los acuerdos en los que se prohibía que residencias sean ocupadas por personas "no blancas" no violaban por sí solos el principio de igualdad de la enmienda XIV de la Constitución, pues esta no tiene efecto contra conductas meramente privadas, por más discriminatorias o incorrectas que sean. Sin embargo, si el Estado garantizaba el cumplimiento de esas cláusulas a través del Poder Judicial sí existe violación a la XIV enmienda.

origen legislativo y otras de origen jurisprudencial. Incluso tal vez hayamos tenido que ponderar principios referidos a las libertades individuales, la propiedad privada, igualdad ante la ley, directrices de no discriminación, etcétera. Seguramente en cada uno de esos pasos hayamos tenido que recurrir a decisiones teórico-metodológicas y a estándares valorativos (morales y políticos), pero la solución se nutre predominantemente de materiales jurídicos (reglas, principios, pautas interpretativas), que son jurídicos precisamente porque el mismo sistema le otorga ese "*estatus*".

La forma de abordar el caso a partir de los materiales y pautas que nos proporciona el mismo sistema jurídico nos permite llegar a algunas conclusiones elementales. En primer lugar, debe entenderse que para resolver una cuestión de derecho no se acude únicamente al sentido común, a elementos retóricos o a intuiciones morales. Cada uno de ellos seguramente cumplen un rol en el debate jurídico, pero el derecho principalmente necesita conceptos claros y metodologías específicas para identificar la solución de cada caso. Vemos, por ejemplo, que una solución jurídica de un caso no tiene que coincidir necesariamente con la solución (que consideremos) moralmente correcta. Si en nuestro ejemplo el sistema hubiese dado preeminencia a la libertad de contratación y, por lo tanto, a la efectividad de estas cláusulas discriminatorias, la solución hubiera seguido siendo el derecho vigente, aunque podamos reprocharla por injusta.

En segundo lugar, es necesario evitar caer en simplificaciones extremas a la hora de describir la actividad de los juristas. Por un lado, se debe descartar que el razonamiento jurídico solo consista en una mera aplicación mecánica y lógica de normas generales y caer en el *formalismo*. Como vimos a lo largo del trabajo, muchas veces existe la necesidad de atribuirle significado a las normas, solucionando vaguedades terminológicas, conciliando normas contradictorias y llenando vacíos normativos, incluso en casos que a primera vista parecen simples. Pero, por otro lado, también es necesario evitar caer en el vicio opuesto, en un escepticismo extremo respecto a las normas, exageración que entiende que todos los casos jurídicos se resuelven discrecionalmente o acudiendo a criterios subjetivos de los jueces. Si bien toda norma deja un espacio para la discreción del intérprete para atribuir significado a la norma, es un hecho que ese margen solo existe entre los límites que fija el sistema.

En tercer y último lugar, a los fines prácticos es útil diferenciar entre los casos claros y los casos de una zona de penumbra y entender que esa diferencia no es tajante, sino que existen distintos grados de incertidumbre. Esta simple distinción permitirá comprender que la gran mayoría de

problemas sociales que buscan respuesta en el derecho tienen un grado de certeza bastante alto y la actividad del intérprete va a ser esencialmente correlacionar el caso con la solución normativa que puede ser comprendida utilizando algunas herramientas conceptuales. Una cosa es el halo de incertidumbre que rodea a toda norma y otra es entender que esa falta de certeza absoluta habilita a la autoridad a resolver acudiendo a pautas subjetivas y prescindiendo de cualquier significado objetivo de la norma. Un abuso de elementos interpretativos, argumentativos, valorativos, retóricos y políticos que lleven a solucionar casos apartándose de lo expresamente prescripto por las normas del propio sistema jurídico debe ser entendido como un comportamiento que cuestiona las bases mismas del *Estado de derecho*. Por definición, todos (ciudadanos y autoridades) están comprendidos por las obligaciones que surgen del sistema jurídico y, en especial, aquellos órganos con competencia para aplicar las normas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos & BULYGIN, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias sociales*, 2ª ed., Astrea, 2012, Buenos Aires.
- ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, Oxford.
- , "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Doxa*, N° 5, 1988, pp. 139-151.
- , "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en *La Ley*, 10/2008, traducción de GONZÁLEZ DE LA VEGA, René.
- , "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal", en *Doxa*, N° 23, 2000, pp. 197-230, traducción de OLIVER LALANA, Ángel D.
- ATIENZA, Manuel & RUIZ MANERO, Juan, "Sobre principios y reglas", en *Doxa*, N° 10, 1991, pp. 101-120.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, 2013, Madrid.
- , *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 2ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, Buenos Aires.
- Black's Law Dictionary, 5a ed., West Publishing Co, 1979, St. Paul.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, "Sittner Né-lida Élida c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A.", 05/03/2020.

- CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, 1976, Buenos Aires.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Anzoátegui, Martín", "Perón, Juan Domingo s/sucesión s/incidente de restitución de un bien al Estado", 26/04/1983, *Fallos* 305:538.
- , "Arancibia Clavel, Enrique L.", 09/09/1980, *Fallos* 302:973.
- , "Bolaño, Miguel Ángel c/ Benito Roggio e Hijos S.A. - Ormas S.A. Unión Transitoria de Empresas Proyecto Hidra.", 16/05/1995, *Fallos* 318:1012.
- , "Flores, Lorena Romina c/ Giménez, Marcelino y otros s/ Daños y perjuicios", 06/06/2017, *Fallos* 340:765.
- , "Frente para la Victoria - Distrito Río Negro y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ amparo", 22/03/2019, *Fallos* 342:287.
- , "I.S.S.A.R.A. c/ Sebastián García Pérez y otro", 15/07/1982, *Fallos* 304:1007.
- , "Telefónica Móviles Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes", 02/07/2019, *Fallos* 342:1061.
- CUETO RÚA, Julio C., *Fuentes del derecho*, Abeledo Perrot, 1994, Buenos Aires.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, Cambridge.
- GUIBOURG, Ricardo A., "Conferencia: Instrucciones para el uso del derecho", dictada en Facultad de Derecho, UBA, 24/09/2013, disponible en URL <https://www.youtube.com/watch?v=oE6JOTO1frQ>, consultado el 11/08/2020.
- HART, Herbert, L.A., *El concepto de derecho*, 3ª ed., Abeledo Perrot, 2011, Buenos Aires, traducción de CARRIÓ, Genaro.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 3ª ed., Eudeba, 2015, Buenos Aires, traducción de NILVE, Moisés.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina", en *La Ley, La Vigencia de un nuevo Código*, año LXXIX, N° 143, Tomo La Ley 2015-D, p. 11.
- LEGARRE, Santiago, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2016, Buenos Aires.
- LEVI, Edward, "An Introduction to Legal Reasoning" en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 15, N° 3, 1948.

- LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal Culzoni, 2014, Buenos Aires.
- NINO, Carlos, *Derecho, moral y política*, Siglo Veintiuno, 2014, Buenos Aires.
- , *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, 2003, Buenos Aires.
- OVEJERO, Bruno, "La doctrina legal vinculante de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán" en *La Ley Noroeste*, Año 22, N° 6, 10/2018.
- RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, UNAM, 1986, México, traducción de TAMAYO SALMORAN, Rolando.
- ROMBOLÁ, Néstor D., *Diccionario Ruy Díaz de ciencias jurídicas y sociales*, Ruy Díaz, 2007, Buenos Aires.
- ROSS, Alf, "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural" en *Academia: Revista sobre enseñanza del derecho*, Año 6, N° 12, 2008, traducción de CARRIÓ, Genaro R., & PASCHERO, Osvaldo.
- , *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, 1994, Buenos Aires, traducción de CARRIÓ, Genaro R.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Gäfgen v. Germany", 1/06/2010.
- United States Supreme Court, "Shelley v. Kraemer", 03/05/1948, 334 U.S. 1 (1948).
- United States Supreme Court, "Buchanan v. Warley", 05/11/1917, 245, U.S. 60 (1917).