

Cuadro de abreviaciones

Norma: N Norma Jurídica: NJ Derecho: D Derechos: D's Sistema Normativo: SN Sistema Jurídico: SJ
--

UNIDAD 1.

“DERECHO, LENGUAJE Y CONOCIMIENTO” (1)

El Derecho como fenómeno social (1-A)

Una sociedad se caracteriza por poseer normas que regulan el comportamiento de sus miembros y a las que estos manifiestan su adhesión con mayor o menor intensidad. Es decir, las conductas de los humanos en sociedad se hallan reguladas por distintos ordenamientos normativos que tienen como finalidad motivar los comportamientos a través del establecimiento de normas que **prohíben, permiten u obligan** la realización de las conductas.

Las normas que regulan las sociedades pueden ser de distinto tipo y van acompañadas por sanciones.

El Derecho como sistema normativo institucionalizado (1-B)

Cómo se establezca una sanción, es determinante para identificar el tipo de ordenamiento normativo que se esté dando (el tipo de N).

→ Cuando la sanción por incurrir en una conducta prohibida se impone a través de la presión social, se está ante una N SOCIAL.

Por ejemplo. Vamos a un buen restaurante y después de comer pagamos el importe que marca la cuenta, pero no dejamos propina. No dar propina puede provocar a antipatía del mesero que nos atendió y el reproche del grupo que participó en la comida.

→ Cuando la aplicación de la sanción es de carácter interno, a través del remordimiento de conciencia, se está ante una N MORAL.

Por ejemplo. Un amigo pide ayuda y, pudiendo ofrecer sin un esfuerzo excesivo, se niega a dársela. No ayudar a un amigo puede suponer además del reproche y el de otros que conozcan esta situación, provoca también un remordimiento de conciencia.

→ Cuando la sanción es regulada y aplicada por instituciones, se está ante una N JURÍDICA.

Por ejemplo. Tentados por el éxito de la última novela de Harry Potter y por el escaso control en una librería, sustraemos de uno de los estantes un ejemplar del libro sin pagar. Esto puede ocasionar remordimiento de conciencia y en el momento en que sea conocida, un reproche social, pero además habremos cometido un acto ilícito y corremos el riesgo de ser sancionados con una pena por un juez.

!!!

- ✓ Las normas sociales no constituyen un sistema normativo relacionado.
- ✓ Primero es necesario identificar el carácter jurídico del sistema para establecer la N a la que pertenece.
- ✓ Puede ser posible que existan N sin sanción, pero NO es posible que exista un SJ en el que no haya al menos una N con sanción.
- ✓ Una misma clase de conductas puede ser regulada por N de distinto tipo, y esa regulación puede ir en **sentido coincidente o en sentido contrario**, es decir, puede que una conducta sea obligatoria (o permitida) en perspectiva normativa pero prohibida desde otra perspectiva. O que una persona tenga la obligación social de realizar determinada conducta pero no la obligación jurídica.

- ✓ Las N se diferencian en el distinto modo de imponer las sanciones
- ✓ Las N comparten la característica de ser técnicas de motivación de conductas.

N JURÍDICAS

El D se caracteriza por establecer sanciones institucionalizadas en dos sentidos: Las N que la establecen fueron creadas por instituciones y la aplicación de esas N es llevada a cabo por instituciones.

Estas Instituciones son creadas por el propio D, es decir, que el D regula su propia producción.

El Derecho como instrumento (1-C)

En sistemas como el de la moral, se está frente a un predominio de las **técnicas de motivaciones directas**.

Los preceptos morales suelen obedecer a una fórmula determinada, la cual prohíbe directamente la conducta que se pretende desalentar o se obliga a realizar aquella que se pretende incentivar.

Entonces, la manera de motivar las conductas que tienen las técnicas de motivación directa es a través del nombramiento de la conducta prohibida u obligada y se espera que aquello bastó para que el receptor se comporte del modo deseado.

En cambio, en el D, es utilizada la **técnica de motivación indirecta**.

Los SJ en vez de prohibir directamente la conducta, proceden estableciendo:

→ Para la conducta deseada un premio,

→ Para la conducta prohibida se establece una sanción. Se confía que los destinatarios se abstendrán a cometer la conducta prohibida por temor a la sanción institucionalizada.

Tales técnicas son instrumentos para alcanzar un objetivo de la sociedad o grupo particular.

El D es un instrumento del que se dotan los humanos para perseguir finalidades u objetivos utilizando una técnica de motivación indirecta de conductas.

¿Es el D un instrumento necesario? → El D siempre ha existido y siempre existirá, puesto que cumple funciones que toda sociedad bien ordenada requiere.

“El D es como el aire, nadie lo ve, pero está en todas partes”.

De esta pregunta hay dos cuestiones:

CUESTIÓN DESCRIPTIVA

Es una afirmación relativa a la existencia del D cuya verdad depende de cuestiones empíricas.

La visión de algunos antropólogos por ejemplo, que sostenían que ciertas sociedades primitivas no estructuraban las relaciones entre sus miembros a través de nada parecido a lo que se conoce como D.

CUESTIÓN VALORATIVA

Se alude a lo que una sociedad bien ordenada requiere, y el papel que se reserve al D en ella dependerá de la concepción que se tenga de cómo debe ser una sociedad, es decir, de una cuestión valorativa, no empírica.

Puede ser que se considere que la sociedad ideal sería aquella en la que no existiera el D (visión defendida por marxistas y anarquistas).

Valores asignados al D:

>> La existencia del D es indispensable para quienes ven en el humano la encarnación del mal sobre la tierra. es indispensable para minimizar el impacto que tendrían sobre el funcionamiento de la sociedad.

>> El D y el entorno social son responsables de limitar y reprimir la bondad natural para aquellos que sostienen que el humano es bueno por naturaleza y todo lo malo que le ocurre tiene procedencia externa.

Así, puede constituir un buen punto de partida para identificar cuáles serían los límites en las capacidades de los humanos para luego comprender en qué sentido puede ser utilizado el D como instrumento que los compense.

¿Para qué es un instrumento necesario? → La **supervivencia** de los humanos es algo que desean porque es su propio fin.

HART

La supervivencia se relaciona con la conducta humana. Esta circunstancia tiene su reflejo en estructuras del pensamiento y el lenguaje que los humanos emplean para relacionarse.

El D tiene como papel en cualquier sociedad ser compartido por distintas sociedades a pesar de las diferencias, ya que la meta en común es la supervivencia.

Mínimo común normativo → Junto al propósito común de la supervivencia, se establecen una serie de afirmaciones relativas a la condición humana.

Mientras las afirmaciones sean ciertas, cualquier sociedad debe contener ciertas N.

Hart denomina estas afirmaciones relativas como “contenido mínimo del D natural” o “mínimo común normativo”

→ Hart considera las afirmaciones como verdades obvias.

Toda sociedad compartirá un mínimo común normativo.

→ Hart también afirma que **entre las verdades obvias y el contenido mínimo normativo no existe una relación causal**, sino que se ocupa de una relación racional, es decir, mostrar que dada la verdad de las afirmaciones y el propósito compartido de la supervivencia, es racional dotarse de unas determinadas N.

Así, cada una de las afirmaciones ofrecen una razón para tener las N.

CINCO VERDADES OBIAS

1. LOS SH SON VULNERABLES A LOS ATAQUES FÍSICOS

Hace que sea racional dotarse de N que restrinjan el uso de la violencia prohibiendo matar y causar daños.

2. LOS SH SON APROXIMADAMENTE IGUALES

Ningún individuo es tan poderoso que pueda dominar al resto.

3. LOS SH TIENEN ALTRUISMO LIMITADO

Son necesarias N que prescriben abstenciones.

4. LOS SH TIENEN RECURSOS LIMITADOS

La escasez de recursos torna racional dotarse de N que los distribuyan, creando D's y obligaciones sobre su uso y disfrute.

5. LOS SH TIENEN COMPRENSIÓN Y FUERZA DE VOLUNTAD LIMITADAS

El D se erige como garante de la cooperación contra “gorriones” o “free riders”.

La teoría de Hart es aceptable pero incompleta, a estas verdades se le puede agregar:

6. LOS SH TIENEN VALORES Y PROPÓSITOS

Que pueden ser realizados sólo a través de acción común.

Las personas en cualquier parte y en cualquier momento de la historia tienen valores y propósitos compartidos en una sociedad y requiere de cooperación entre miembros.

✗ Críticas a Hart ✗

Críticas al intento de explicar en términos funcionales por qué la humanidad ha desarrollado instituciones.

Críticas porque no ofrecen condiciones suficientes para la existencia de instituciones.

Críticas porque no proporcionan condiciones necesarias para la existencia de instituciones.

Estas críticas son correctas frente a explicaciones funcionales de la realidad, es decir frente a teorías causales. Pero NO lo son frente a teorías justificativas que sostienen que, dado los humanos, existen razones para tener sistemas jurídicos con el contenido común normativo.

EI D Y PROBLEMAS DE INTERACCIÓN

Las personas no siempre perciben con claridad la necesidad de la cooperación mutua, se originan así problemas de interacción.

Las características humanas de la vulnerabilidad recíproca, de la igualdad aproximada y del altruismo limitado, apuntan a la necesidad de que las sociedades se doten de N que restrinjan la libertad a través de prohibiciones, y para que estas sean eficaces, deben acompañarse de sanciones que en el D serán institucionalizadas.

Los SJ resuelven problemas de interacción: los tipos de N son soluciones a problemas que surgen de las situaciones de interacción.

- a) El dilema del prisionero: es un ejemplo en el que cada individuo sigue racionalmente un determinado curso de acción y se llega a resultados colectivos ineficientes. Al actuar racionalmente con el propio interés, llegan a un resultado ineficiente. Las N pueden resolverlo estableciendo sanciones para quienes no cumplan con sus promesas.

Un ejemplo: la combinación entre la escasez de recursos y el altruismo limitado.

- b) Problemas de coordinación: ante una interdependencia de decisiones y expectativas, los intereses de las partes coinciden.

La falta de cooperación no se da porque hay alternativas de cooperación frente a las cuales son indiferentes sin saber cual adoptará otro.

Un ejemplo: la sociabilidad parcial conduce a este problema.

Esto explica que las N en general y las NJ en particular sirven para ayudar a solventar los problemas de interacción. No cualquier N cumplirá y su existencia será sólo una condición necesaria para llevar a cabo acciones colectivas eficaces.

Razones de por qué las N generan esta eficacia:

Porque contribuyen a modificar las preferencias de los individuos (ejemplo del dilema del prisionero o los free riders).

Y porque ayudan a asegurar sus expectativas (ejemplo de coordinación).

INSTITUCIONES Y CONTRATO SOCIAL

El Estado y el D surgirán a partir de un contrato social entre los miembros de una sociedad.

Dos interpretaciones de contrato social:

1) El contrato social puede interpretarse como una salida al problema de la coordinación. Se admite que no hay conflictos de intereses ni nada por perder de los individuos.

La coacción no es necesaria, y basta con una convención para solucionar problemas.

2) Sin la autoridad estatal, se está en estado de naturaleza donde prima la guerra. Es racional que exista autoridad a través del contrato social, no sería suficiente una convención.

“FUNCIONES DEL D” (2)

En las funciones sociales del D se observan los términos de Función, Social y D. Función con corriente objetiva, la teoría del D aborda las funciones del D a nivel abstracto. Son tres funciones asociadas con el D relacionadas con una perspectiva teórica: el **contrato social, la seguridad y la justicia**.

Estas se encuentran subdivididas en **directas e indirectas**, las cuales a su vez se dividen en **primarias y secundarias**.

En los alcances de estas funciones, se oscila entre una tesis descriptiva (la posibilidad de ser susceptible de ser verdadera o falsa) y una tesis valorativa (la expresión de un ideal regulativo basada en valores no específicos).

También se trata a los conceptos como “conceptos graduales”, de tal modo que se pueda afirmar que un SJ consigue un mayor o menor control social, o un grado más o menos elevado de seguridad, o un nivel más o menos aceptable de justicia.

CONTROL SOCIAL, SEGURIDAD Y JUSTICIA (2-A)

CONTROL SOCIAL

→ El D supervisa, regula y está por encima de todas las instituciones. (de ahí el derecho como control social)

Las funciones del control social son dos:

1. La función integradora.

Es en la que el D supervisa el funcionamiento de las instituciones sociales, resolviendo conflictos que se pueden generar en las sociedades.

2. La función reguladora.

Es la función integradora sumado que el D sirve como dirección de conductas. (regula las instituciones)

En el control social, la tesis descriptiva describe y determina una información.

La proposición de esta tesis sería “Todo SJ **CUMPLE** con la función de control social”.

Esta tesis es verdadera si se tiene en cuenta la gradualidad (pero no es informativa).

En este caso, si se logra decir que todo SJ cumple la función, es un SJ eficaz.

En el control social, la tesis valorativa exige que cumpla, es decir, que debe realizarse para cumplir.

La proposición de esta tesis sería “Todo SJ **DEBE CUMPLIR** la función de control social”.

Esta tesis expresa un ideal regulativo valioso.

Para regular, las autoridades pueden incentivar o desincentivar conductas.

Entonces, las **técnicas de control social** se dividen en:

A) SUPUESTO DE PROMOCIÓN

Este supuesto se da cuando se pretende incentivar una conducta deseable ANTES de que ésta se produzca.

B) MEDIDAS DE PREVENCIÓN

Cuando se busca desincentivar una conducta indeseable ANTES de que esta se produzca.

C) PREMIOS

Cuando se busca incentivar una conducta deseable DESPUÉS de que se produzca.

D) TÉCNICA DE REPRESIÓN

Se da cuando se quiere desincentivar una conducta indeseable DESPUÉS de que se produzca.

SEGURIDAD JURÍDICA

El D se cumple o se debe cumplir, por eso las personas deben saber a qué atenerse, saber qué es lo que es prohibido, permitido y es obligatorio, para poder así planificar sus conductas y tener en cuenta las consecuencias a las que están atadas esas conductas.

Para que haya seguridad jurídica, se debe:

→ Ser CLARAS: es decir en concepto gradual ya que no existe claridad absoluta.

→ Ser CONOCIDAS: o sea, se debe saber si una conducta está permitida, es obligatoria o está prohibida. Debe existir la posibilidad de conocerlas.

→ Que el ESTADO CUMPLA: es decir, que el Estado cumpla sus propias N y a su vez, que las haga cumplir a sus destinados (este es el ppio de legalidad).

En la Seguridad jurídica, la proposición de la tesis descriptiva sería "Todo SJ **CUMPLE** en algún grado, la función de seguridad"

Y la proposición de la tesis valorativa sería "Todo SJ **DEBE CUMPLIR** la función de seguridad" (acá se establece una relación entre seguridad y justicia).

JUSTICIA

Una de las características que define a los SH, es la de tener valores morales que sirven para justificar las acciones.

Existen dos tipos de moral:

→ MORAL POSITIVA (convencional o social)

Es un conjunto de principios o valores morales que comparten los miembros de una misma sociedad.

→ MORAL CRÍTICA

Es un conjunto de principios o valores morales que resulta de un proceso de justificación racional, sin importar que forme o no parte de determinada sociedad.

En la justicia, la tesis descriptiva se presenta con la siguiente proposición:

"La función de justicia es VERDADERA siempre que la justicia se equipare en la moral positiva; y FALSA si se toma a la moral crítica como sinónimo".

Y la descripción de la tesis valorativa sería: "Desear que los SJ se adecúen al máximo a los requerimientos de la moral crítica".

!!! RELACIÓN ENTRE SEGURIDAD Y JUSTICIA

Ambos conceptos son independientes **pero** se relacionan entre sí. (interdependencia conceptual)

Cada vez que se da seguridad, se da justicia, y viceversa. (equivalencia de conceptos)

La justicia es una **condición necesaria** de seguridad: Sin justicia, no hay seguridad. (esta relación recibe críticas porque un SJ puede tener N injustas pero no le impide a sus ciudadanos saber a qué atenerse.)

La seguridad también es condición necesaria de la justicia porque la seguridad es necesaria para que un sistema sea justo (aunque no es una condición suficiente).

FUNCIONES DIRECTAS E INDIRECTAS

Joseph Raz distingue entre funciones directas, las cuales pueden ser primarias y secundarias.

FUNCIONES DIRECTAS

Estas se cumplen a través de la obediencia y la aplicación del D.

FUNCIONES DIRECTAS PRIMARIAS (2-B)

Estas funciones afectan a la población en general y en ellas se encuentra la razón de ser del D.

Sus garantes son los jueces.

Se caracterizan por **alentar y desalentar** conductas; por **facilitar** acuerdos entre particulares (el D no impone sus propios fines, hay libertad de elección de cada individuo); por **proveer** servicios, salud, justicia e infraestructura que se paga con impuestos; también por **resolver** conflictos, realizada por los jueces.

FUNCIONES DIRECTAS SECUNDARIAS (2-C)

Estas funciones son necesarias para el mantenimiento del D.

Se caracterizan por **determinar** procedimientos a través de los cuales se puede modificar/cambiar el D.

También por **regular** el funcionamiento de los órganos encargados de su aplicación; por **establecer** procedimientos para realizar el cumplimiento del D.

Estas funciones **dejan constancia** de lo que resulta ser típico de un SJ (la institucionalización) y de aquello que lo diferencia de los demás sistemas normativos (como la moral).

FUNCIONES INDIRECTAS

Son aquellas funciones que a través de sentimientos, opiniones y modos de comportamiento, logran que haya conocimiento de la existencia, aplicación y sumisión de las N.

→ El D ayuda a crear y a mantener la estratificación social.

“EL LENGUAJE” (3)

El lenguaje es un sistema de signos artificiales llamados símbolos, que sirve a la comunicación.

Está compuesto por signos naturales, interpretados por el hombre pero que no son creados por él, es decir, la conexión es entre el signo y lo que este representa, es causal.

Y por signos artificiales, en estos si interviene el hombre en su significado. Dentro de estos están los íconos y los símbolos que son convencionales, es decir, la conexión entre el símbolo y lo que él simboliza es producto del hombre.

CLASES Y NIVELES DEL LENGUAJE

1. Lenguaje natural

Utilizado por los humanos en su vida cotidiana, suelen cumplir la función de comunicación, pero con imprecisiones (poseen vaguedad y ambigüedad)

Son ejemplos de estos el castellano, el inglés, el francés, etc.

2. Lenguaje artificial

En esta división hay una subdivisión entre:

a) Lenguaje formal

Caracterizado por eliminar imprecisión, pero no es adaptado a la comunicación de la vida cotidiana. Aunque estos carecen de ambigüedad y vaguedad. Son ejemplos el álgebra y la matemática.

b) Lenguaje técnico

Este lenguaje posee como base el lenguaje natural y posee términos técnicos.

Y aparece cuando se otorgan significados restringidos con definiciones precisas.

3. Lenguaje jurídico y lenguaje natural

Las NJ se expresan a través de los lenguajes naturales, porque si se busca la obediencia de los sujetos normativos, éstos deben ser capaces, deben entenderlas. Por eso el D utiliza el lenguaje técnico.

4. Significado emotivo de las palabras

Las palabras se usan para expresar emociones y provocarlas en los demás.

Cuando una palabra tiene carga emotiva, según sea el significado emotivo favorable o desfavorable, provoca imprecisión en la expresión.

Perjudica su significado cognoscitivo.

5. AMBIGÜEDAD

Una palabra es ambigua cuando tiene más de un significado o expresa más de un concepto.

Tipos de ambigüedad:

a) Mera Homonimia: cuando la ambigüedad puede ser resuelta por el contexto lingüístico en el que está la palabra, se da porque los distintos significados de la palabra no guardan relación. (ejemplo. “ayer estuve sentado en un banco del parque”; “ayer fui a sacar dinero del banco”).

b) Relacional: En este caso, los distintos significados están relacionados entre sí, es decir, se usa la palabra en el mismo tipo de discurso. (ejemplo. en el derecho objetivo “conjunto de normas vigentes en una determinada sociedad; en el derecho subjetivo “tengo derecho a vestirme como quiero”; en el derecho como ciencia “voy a estudiar derecho civil”).

c) Sintáctica: Viene dada por el orden en que aparecen las palabras en una estructura sintáctica. (ejemplo. “son bienes privativos de cada uno de los cónyuges las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor”).

6. VAGUEDAD

Una palabra es vaga cuando se refiere a ciertos objetos que no se aplica a otros, pero que haya otros objetos a los que es dudoso si la palabra se aplica o no. La vaguedad es una propiedad de los conceptos o significados, y en esta se da la indeterminación de la denotación (extensión) de la palabra en relación a su intención (connotación).

La vaguedad se da:

- Cuando una palabra tiene como criterio de aplicación la presencia de una propiedad que, en los hechos se da de una forma continua, y se busca hacer cortes en esa línea a través de expresiones.
- Cuando las dudas de la aplicación de una palabra a un fenómeno se originan en que los casos de aplicación están constituidos.

Metáfora del foco de luz

El significado de las palabras está representado como si fuera una luz que se refleja sobre una mesa, hay tres zonas en las cuales se representan tres niveles.

- Zona de total luminosidad, que es el criterio automático de aplicación de la palabra a determinado objeto.
- Zona de penumbra, acá el significado de una expresión es vago, porque se carece de criterio automático de aplicación del término.
- Zona de total oscuridad, donde el criterio de exclusión automática de aplicación de la palabra a determinados objetos.

7. TEXTURA ABIERTA

Denominada también “vaguedad intensional”

Es el desconocimiento que se tiene de las propiedades que pueden tener en un futuro los objetos, lo que hace posible la vaguedad potencial.

A una palabra de clase, se le pueden determinar sus características definitorias y accidentales.

Por eso se dice que el uso de la palabra está abierto.

EJEMPLO. “Obelisco” → propiedades: 1) Tiene cuatro caras iguales convergentes, 2) un solo ojo, 3) forma parte del estilo arquitectónico egipcio y 4) está cubierto de jeroglíficos.

Acá las características definitorias son las que de hallarse en un objeto, nos mueven a llamarlo con cierto nombre según su clasificación (1 y 2).

Y las características accidentales son aquellas que no se tienen en cuenta para la clasificación. (3 y 4)

8. USOS DEL LENGUAJE

Además de transmitir información acerca del mundo, el lenguaje también:

- > Se utiliza como **informativo** para describir estado de cosas, las oraciones se expresan en una proposición que puede ser v o f.
- > Se utiliza como **expresivo** para expresar emociones o provocar estas en el interlocutor.
- > Se utiliza como **operativo** para pronunciar palabras en determinadas condiciones, esto implica realizar la acción que la palabra refiere.

- > Se utiliza como **interrogativo** donde la oración tiene como función el requerir información del interlocutor.
- > Se utiliza como **descriptivo o directivo**, ya que el que habla puede dirigir el comportamiento de otro, inducirlo a que adopte cierta acción.

“CIENCIA DEL DERECHO” (4)

La palabra ciencia es ambigua porque tiene más de un significado, y es vaga porque es imprecisa. Además, tiene una carga emotiva ya que tiende a pensar que es algo perfecto).

¿El D satisface necesidades sociales?

Hay que ver cuales son las funciones y métodos que desarrolla o no el D para saber si satisface o no y con el fin de determinar si los métodos que se utilizan son eficaces.

Modelos posibles de ciencia del D

HANS KELSEN → plantea una “ciencia jurídica pura”, esta es una ciencia normativa porque su función es describir N y su objeto de estudio son las N válidas en cierto ámbito.

Los enunciados mediante los cuales la ciencia jurídica describe las N son las proposiciones jurídicas.

Una proposición normativa puede ser igual a una NJ, las distingue su función lingüística (NJ son prescriptivas y las PN son descriptivas)

ALF ROSS → sostiene que la ciencia del D debe ser una aserción acerca de cuál es el D vigente.

El D vigente es el conjunto de directivas que los tribunales toman en cuenta en sus decisiones judiciales (sentencias).

Las proposiciones de la ciencia del D constituyen predicciones acerca de qué directivas serán aplicadas por los jueces.

Los juristas predicen las N que los jueces podrían llegar a usar, ¿Cómo?, ellos se valen de aportes de otras creencias porque les permite reconocer el contexto social, económico en el cual los jueces se desenvuelven.

ALCHOURRÓN Y BULYGIN → proponen que la ciencia jurídica realiza dos tareas:

La tarea empírica, la cual consiste en determinar qué enunciados constituyen la base de un orden jurídico.

Y la tarea semántica del D, que busca convertir las órdenes de las legislaciones en sistema a través de dos pasos:

Paso 1, se derivan las consecuencias lógicas de los enunciados que constituyen la base del sistema, empleando reglas de inferencia. Este paso permite demostrar efectos lógicos del sistema, como lagunas, contradicciones o redundancias.

Paso 2, trata de reemplazar la base del sistema por una más económica y equivalente, por un conjunto más reducido de ppios que sean generales.

Concepciones iusfilosóficas

- Iusnaturalistas: sostienen la relación entre el D y la moral
- Iuspositivistas: sin desconocer a la moral, sostienen que no hay relación entre el D y la moral.
- Realismo jurídico: son escépticos ante las N.

LA DOGMÁTICA JURÍDICA

→ Es un modelo de investigación jurídica que aparece luego del movimiento de codificación y es típica de los países de tradición jurídica continental europea donde el sistema jurídico está codificado (donde predomina el D legislado), este **no se da** en el sistema del common law.

Esta dogmática aparece en el D penal y en el D civil.

→ Se caracteriza por las técnicas de justificación y las que adoptan; también por tener ideales racionales respecto del D positivo, aparece en los iusnaturalistas, donde tratan de imponer sus ideales en este.

Y por las funciones que cumple la ciencia en relación al D positivo, la de reformular el D.

→ Entonces, la dogmática jurídica es una modalidad de la ciencia del D, tiene por función reformular el D, tratar de solucionar los problemas de los códigos precedentes. Propone precisiones para los términos vagos y ambiguos, completa las lagunas, resuelve las contradicciones normativas, ajusta las N a las ideas axiológicas.

>> Aparición

En 1850, el D vigente era confuso e irracional, estaba constituido por ordenanzas arbitrarias y costumbres.

Los racionalistas criticaron las N vigentes y pretendieron construir SJ, los cuales eran precisos sin ambigüedad ni vaguedad, completos sin lagunas, coherentes sin contradicciones.

Estos criterios tuvieron influencia en la reforma del D positivo y dieron origen al sistema de codificación.

Los nuevos códigos eran precisos, coherentes, completos, se identificaba la autoridad creadora, el propósito de las N era conocido, y su contenido correspondía a la ideología liberal burguesa de los racionalistas.

>> Movimiento de codificación

En Francia se desarrolla la escuela de exégesis, la cual consideraba que la legislación es la única fuente legítima del D y que el único carácter válido para interpretar la ley era por intención del legislador.

En Alemania se desarrolla la escuela de jurisprudencia de conceptos, la cual se caracteriza por una adhesión al D legislado (que era la única fuente del D). Adoptan el método en la combinación de conceptos jurídicos, la limitación del juez a una actitud cognoscitiva.

Las críticas a las escuelas se tornaron anacrónicas, los códigos tenían lagunas, se necesitaba atender a otras fuentes del D y se criticaba la libertad de los jueces.

También hubo críticas al movimiento por influir en las ciencias jurídicas, así apareció la dogmática jurídica.

>> Técnicas de la dogmática jurídica

a) Modelo del legislador racional

El atribuir al legislador propiedades de racionalidad, que son:

- Único. El solo dicta las N.
- Imperecedero. Aun cuando el legislador haya muerto, las N mantienen su validez.
- Omnisciente. Conoce todas las circunstancias fácticas.
- Operativo. No dicta N que carecen de aplicabilidad.

- Justo. Prevé soluciones axiológicamente adecuadas.
- Coherente. Jamás se contradice.
- Comprensivo. No deja alguna situación jurídica sin regular.
- Preciso. La voluntad del legislador posee una dirección unívoca e independiente de imperfecciones del lenguaje.

El legislador entonces, adecúa el D a estándares axiológicos vigentes, cierra lagunas, elimina contradicciones, y las cumple formulando reglas interpretativas.

b) Sistematiza el orden jurídico

Los juristas, se ocupan de sistematizar el orden jurídico reemplazando el conjunto de N por principios generales y equivalentes (mayor economía del sistema).

c) Formulación de teorías

La DJ formula teorías que logran interpretar las N del SJ, las teorías son descriptivas de la realidad social. Estas cumplen con dos funciones: El justificar las N legisladas que infieren en las teorías, y permitir la inferencia de las nuevas N no pertenecientes al D vigente.

TEORÍAS DOGMÁTICAS

- 1) D civil: "Teoría del abuso del D"
- 2) D Comercial: "Teoría del acto del comercio"
- 3) D constitucional: "Teoría de los gobiernos de facto"
- 4) D laboral: "Teoría de las relaciones de trabajo"
- 5) D internacional: "Teoría del reenvío"
- 6) D penal: "Teoría general del delito"

“NORMAS JURÍDICAS” (5)

No todas las N conllevan una sanción, por eso Moreso distingue dos tipos de NJ.

✓ NORMAS PRESCRIPTIVAS

Son N que intentan regular las conductas de los individuos a través de prohibiciones u obligaciones (o permisiones en algunos casos), y establecen sanciones para aquellos que no cumplan con los actos obligatorios y/o violen las prohibiciones.

Estas N relacionan uno o más supuestos de hechos con una consecuencia jurídica.

Elementos:

1.SUPUESTO DE HECHO

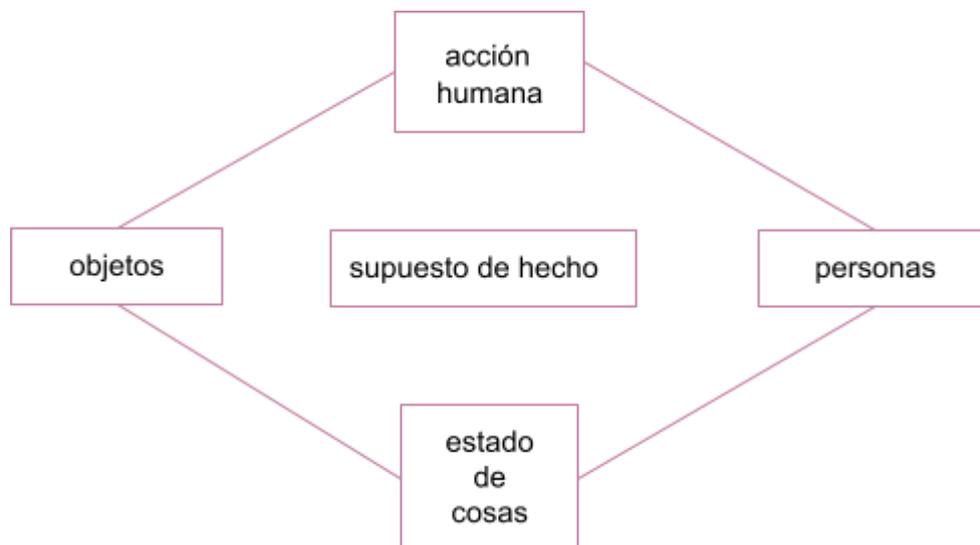
Estos son descripciones de acciones humanas, de clases de personas, de descripción de objetos y de estado de cosas. Pueden contener uno o más casos (generales o individuales).

Una NJ que en su supuesto de hecho establezca acciones de personas como matar o robar, son **acciones humanas**.

Las N que regulen relaciones entre estudiantes o que verse sobre las personas mayores de edad, describen una **clase de personas**.

Si las N refieren a bienes inmutables del dominio público como las propiedades de determinado estado, o regula sobre automóviles, son N con un supuesto de hecho integrado con la **descripción de objetos**.

Cuando las N versan sobre atribuciones institucionales que se le atribuye a ciertas situaciones como por ejemplo se cumplen recaudos legales, se está describiendo un **estado de cosas**.



2.CONSECUENCIA JURÍDICA

La consecuencia jurídica es la calificación normativa del supuesto de hecho, esta calificación normativa puede ser prohibiendo, obligando, permitiendo o la calificación de una sanción ante determinado supuesto de hecho.

3.SOLUCIÓN NORMATIVA

Cuando la consecuencia jurídica califica normativamente un supuesto de hecho en el que se describe la acción humana (ejemplo. “el que matare...”), en este caso la N prescriptiva, el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, poseen solución normativa.

!!!

Las N prescriptivas correlacionan un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica. Existe el tercer elemento (la solución normativa) cuando la consecuencia jurídica califica normativamente un supuesto de hecho el cual consista en acción humana.

iii

LA PRESCRIPCIÓN

Es el orden o mandato que emana de una autoridad hacia uno o más sujetos pasivos (destinatarios de la N).

El objeto de la N es *influir en la conducta de los sujetos pasivos* y que ellos dirijan su conducta de acuerdo a la N prescriptiva.

→ Elementos de la prescripción

◉ **Núcleo Normativo:** Son elementos comunes a la totalidad de las N.

Posee el carácter de la N, el cual se da para que la N obligue, prohíba o permita determinada acción.

Posee el contenido, es decir, la acción que la N declara obligatoria, prohibida o permitida.

Y por último posee la condición de aplicación, que es la circunstancia que debe darse para que la N pueda ser realizada.

◉ **Elementos Constitutivos:** Estos son propios de las prescripciones y hacen a su constitución y fundamento.

La autoridad: que es de quien emana la N y es quien se encuentra investido de determinada autoridad para hacerse. Lo son el legislador, el juez o un superior.

El sujeto: es aquel receptor de la N y se encuentra obligado a cumplirla.

La ocasión: esta es la localización temporal y espacial de la N. (si la N no posee indicación de tiempo y espacio, rige desde el día siguiente de su aplicación en todo territorio con jurisdicción).

◉ **Elementos Funcionales:** No son propios de las prescripciones y sirven para que esta se pueda ejecutar. Sin ella, la prescripción no podría ejecutarse.

Es la Promulgación: dar a conocer la N (generalmente por escrito).

Y la Sanción: es la amenaza de sufrir un daño para el caso de incumplir con el contenido de la N.

✓ **NORMAS CONSTITUTIVAS.**

Estas N no se interesan por establecer obligaciones o prohibiciones, y no contemplan sanciones, porque están *dadas para orientar a los sujetos a realizar determinadas actividades o actos.*

No tienen por objeto regular la conducta en forma directa, sino que lo hacen de manera indirecta.

Von Wright las denomina también como “N definitorias” y en su teoría hace distinción entre las N primarias y las N secundarias en donde unas son más importantes que las otras.

Normas primarias	Normas secundarias
PRESCRIPCIONES	NORMAS MORALES
NORMAS DEFINITORIAS	NORMAS CONSUECUDINARIAS
NORMAS TÉCNICAS	NORMAS IDEALES

Las N definitorias no intentan motivar o guiar conductas, sino establecer cómo se debe realizar un acto o procedimiento. Por ejemplo. requisitos para contraer matrimonio; para conformar un contrato; una hipoteca, etc.

Las N constitutivas correlacionan un supuesto de hecho con una propiedad institucional, correlacionan un caso genérico con otro caso genérico.

Ejemplo

“todos los mayores de 18, son mayores de edad”

status

supuesto de hecho

NORMAS Y PROPOSICIONES NORMATIVAS

Cuando se alude a una NJ, se formula un enunciado llamado “proposición normativa”
Ejemplo de NJ “*será sancionado quien fume en el aula*”.

Le sigue a esta NJ la siguiente proposición normativa “*el estatuto de la UNS prevé una sanción para el que fume en un aula*”.

La proposición normativa es aquel enunciado que describe a la N, es decir, sirve para explicar la N.

Es una descripción de la NJ, redactada en uso descriptivo o informativo, por ello, este enunciado **es susceptible de establecer su verdad o falsedad**.

Ejemplo

NJ “(Art.79 CP) Será reprimido con prisión o reclusión de 8 a 25 años al que matare”

PN “El CP Argentino, en su Art. 79 establece una pena de prisión o reclusión de 8 a 25 años al que mate a otra persona”

!!! De una NJ no puedo predicar V o F, en cambio de si se puede predicar si es justa o injusta, buena o mala !!!

NORMA JURÍDICA	PROPOSICIÓN NORMATIVA
→ No son susceptibles de acreditar V o F.	→ Son susceptibles de V o F.
→ Regulan conductas de forma directa (N prescriptivas) o indirecta (N constitutivas)	→ Sirven para explicar las NJ.

CASOS

Estos pueden ser:

→ CASOS GENERALES

Son aquellos casos en los que con una propiedad, pueden caracterizar a una clase de personas, acciones u obligaciones.

→ CASOS INDIVIDUALES

Casos que son una instancia particular de un caso genérico.

Ejemplo.

“matar” como caso genérico y “homicidio particular” como una instancia particular del caso genérico.

PERMISOS JURIDICOS (5-G)

Aclaración

No todas las N de permiso pueden ser prescriptivas.

Se está ante un **permiso fuerte** cuando existe una N que de forma expresa, autoriza la realización de una actividad. Ante estos no hay duda que constituyen una clase de prescripciones.

Ejemplo. Un cartel que establece permiso para estacionar en 45° (está guiando nuestra conducta).

Se está ante un permiso débil cuando sobre determinada acción, no existe una N de prohibición y se da por hecho que está permitido. Sobre estos, no está clara su calificación normativa.

“NORMAS JURIDICAS” (6)

Dentro de las NJ, están las N de competencia.

Las N de competencia son N expresadas por disposiciones que tienen estructura.

Herbert Hart planteaba que los SJ de antes contenían tres problemáticas:

La **primera** se trataba de la falta de certeza de las N pertenecientes a los SJ, es decir, no se sabía cuáles eran las N que pertenecían a estos.

La **segunda** consistía en que la N era de carácter estático, es decir, eran N consuetudinarias establecidas a través de la cultura.

Y la **tercera** era que había una difusa presión social.

A medida que las sociedades se tornan más complejas, fue necesario incorporar las N secundarias para resolver las problemáticas planteadas.

Las N SECUNDARIAS son:

→ La regla de Reconocimiento, la cual determina que N pertenecen al SJ.

→ La Regla de Cambio, aquellas que otorgan competencia a ciertos individuos para crear N.

→ La Regla de Adjudicación, son las que otorgan competencia a ciertos individuos para resolver y/o aplicar N a ciertos casos. Estas reglas otorgan competencia a individuos para realizar determinadas cosas, y la competencia puede variar dependiendo los órganos.

La competencia es la capacidad que se le otorga a determinados individuos para cambiar las situaciones jurídicas de determinados individuos.

La estructura de las N de competencia se basa en tres elementos:

1) ÓRGANO (O)

2) PROCEDIMIENTO (P)

3) MATERIA (M)

Por ejemplo. [NC] “El Congreso de la Nación (O), está autorizado de acuerdo al procedimiento establecido para dictar N’s (P), regular el Impuesto a las Ganancias (M)”

En la estructura van a intervenir elementos

El (O) mediante un (P) puede, podrá, está autorizado para, es competente para y tiene la competencia para, Regular la (M).

Las NC son N’s prescriptivas de obligación indirectamente formuladas.

Cuando una N de competencia autoriza a un O a crear N, obliga a los destinatarios de las N creadas en ejercicio de la competencia, a obedecerlas. (OP) → Obligatorio P

[NC1] “Si el (O), mediante el (P), regula la (M) mediante (OP), entonces se debe hacer P”.

Ejemplo. “Si el Poder Legislativo (O), mediante el procedimiento establecido para dictar leyes (P), regula el Impuesto a las Ganancias (M), entonces debemos pagar el Impuesto a las Ganancias (OP)”.

Ante esto, hay críticas,

¿Qué pasa si el (O) autorizado dicta una N constitutiva?

ejemplo. “el sábado será día festivo”

Esta N no se puede obedecer o desobedecer, primero hay que saber las obligaciones en esos días.

ejemplo. *“obligatorio ir a misa los días festivos”*

Ahí sí se puede obedecer o desobedecer la N.

Cuando se dictan N de obligación o prohibición que vían la N constitutiva, se obedece o desobedece esas N y no la constitutiva.

Las N de Competencia son N permisivas

Porque permiten crear N para determinada (M).

Wright las llamó “permisos de orden superior”.

[NC2] “Está permitido que el (O) con el (P) dicte N’s sobre la (M)”.

Recibe críticas en cuanto a si es permisiva, ¿Es facultativa? Se tiene la facultad de hacer o no eso que permite, el (O) puede o no dictar la N, sólo autoriza.

También se preguntan, si es permisiva, ¿es obligatoria? no sólo autoriza sino que obliga a la autoridad a dictar la N.

Las N’s de Competencia son N constitutivas

Las NC califican como válidas las N creadas en el ejercicio de competencia.

[NC3] “si el (O) mediante el (P) dicta la N sobre la (M), entonces la N dictada es válida”.

Las NC no ordenan ni prohíben comportamientos, sólo **establecen las condiciones de validez de otras N.**

HANS KELSEN

Establece que si el D regula su propia creación, tiene relación con las N de competencia como N constitutivas.

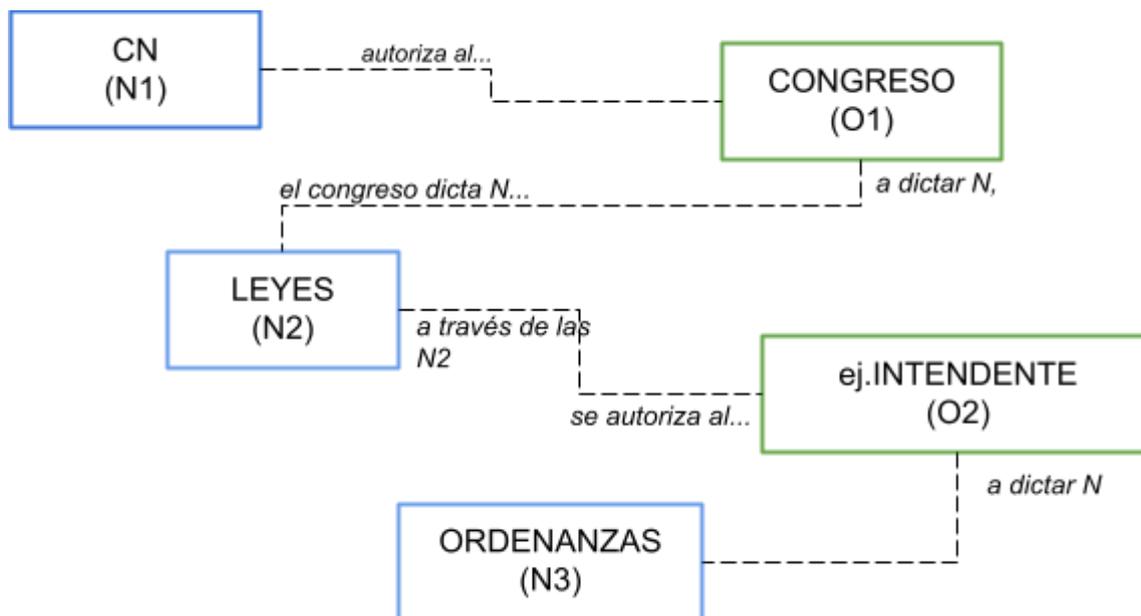
Las NC son importantes para comprender cómo los SJ cambian e introducen N, da competencia a determinados individuos para cambiar, modificar, introducir o derogar N del sistema.

Esto hace que el sistema sea dinámico.

→ Las NC ocupan los nodos de las cadenas normativas

En la cadena de subordinación las N se relacionan con las instituciones.

Cuadro de la cadena de subordinación o de validez



N1, N2 y N3 integran la misma cadena normativa y permiten comprender cómo funciona la delegación de los poderes normativos.

Si se quiere saber si la N3 es una N válida dentro del SJ, se debe retornar a través de la cadena de validez hasta llegar a N1, si la cadena no se rompe, N3 resulta ser una N válida.

MECANISMO DE DEROGACIÓN

“Derogar” significa eliminar N de los SJ. La forma de eliminar N más frecuente es introduciendo, por autoridad competente, disposiciones derogatorias (DD).

Ejemplo. (DD) “queda derogada la N “x”.”

>> Las disposiciones derogatorias NO prescriben algo.

>> Al dictarse las disposiciones derogatorias, se elimina la N del SJ.

>> La disposición derogatoria es una N constitutiva, es decir que, en un determinado sistema jurídico la N derogada ya no es una N válida.

>> El mecanismo de derogación se da a diario en el SJ.

Distintos opuestos de derogación:

Derogación expresa → Es la derogación como resultado de la existencia de determinadas disposiciones derogatorias. Esta se divide en dos supuestos de derogación: Cuando la disposición derogatoria identifica por su nombre las N objeto de derogación y cuando no las identifica por su nombre.

Estas son:

→ DD FORMALES O NOMINADAS.

Son aquellas en las que la DD identifica las N objeto de derogación de manera clara.

Ejemplo. una N establece “quedan derogadas los arts. 3, 4 y 5 de la Ley “x”.”

→ DD MATERIALES O INNOMINADAS.

Son aquellas en las que la DD no identifica las N objeto de derogación de manera clara. Ejemplo. una N establece “quedan derogadas todas las N que se opongan a la presente Ley”.

Derogación tácita → La derogación tácita ocurre cuando una ley posterior se opone a una ley anterior sin necesidad de mediar la existencia de determinadas disposiciones derogatorias.

!!!

¿Una N derogada como resultado de una disposición derogatoria, recupera su existencia cuando es derogada la disposición derogatoria?

ejemplo.

N1 sostiene “Pp”; se dicta la DD1 que “deroga la N1”; luego se dicta DD2 que sostiene que “queda derogada DD1”

Funcionamiento del mecanismo como eliminación de N.

1) Incompatibilidad con las N

Un SJ puede tener N1 “Obligatorio trabajar todos los días de la semana” y tener N2 “Prohibido consumir alcohol mientras se trabaja”. Si el legislador dicta la N3 “Permitido consumir alcohol los días domingos”.

De este planteo surgen cuestiones:

- ¿N3 es incompatible con N1? → NO porque la que no permite consumir alcohol mientras se trabaja es N2.
- ¿N3 es incompatible con N2? → NO porque no dice que tengo que trabajar todos los días y dice que no puedo consumir alcohol los domingos pero se supone que el domingo no trabajo.
- ¿N3 es incompatible con la conjunción de N1 y N2? → La conjunción de N1 y N2 diría que está prohibido consumir los domingos mientras se trabaja.
- ¿N3 deroga las 2 N’s? → NO porque con que se derogue una N, el SJ deja de ser incoherente
- ¿Cuál se puede derogar? → En este caso hay una indeterminación lógica del sistema porque no hay ningún mecanismo lógico para determinar cuál de las 2 es derogada.

2) La declaración de inconstitucionalidad de una ley, ¿elimina N’s del SJ?

La respuesta es NO, porque así se le da la posibilidad a los jueces de “echar por tierra” (impedir que suceda o ocultar el asunto) todo lo que los legisladores hacen.

Esto debe ser discutido dependiendo de los SJ, por ejemplo en **el SJ argentino**, la declaración de inconstitucionalidad de una ley no elimina la N del SJ, lo que hace es declarar inaplicable para el caso concreto en que se declaró la inconstitucionalidad.

3) ¿Se pueden eliminar N’s por anticipado? ¿Se puede rechazar la introducción de N al SJ de antemano?

Hay algunas N’s permisivas que poseen este sentido. Ejemplo el Art 19 de la CN española sostiene “los españoles tienen D a elegir libremente la residencia”. Esta es una N facultativa, permite a los ciudadanos españoles la libre elección de residencia y a su vez es prohibitiva,

porque declara inválidas por anticipado las N de autoridades inferiores que prohíban a los españoles elegir libremente su residencia.

REGLAS Y PRINCIPIOS

Se debe diferenciar las reglas de los principios, los principios poseen dos cuestiones:

1° En ausencia de la Ley y la Costumbre, ¿Los jueces deben recurrir a los principios jurídicos? A esta pregunta, los civilistas sostienen que SI porque se ha incorporado como fuente del D civil a los Principios del D natural. Pero los autores piensan que NO hay principios jurídicos de D natural, que estos remiten la discrecionalidad de los jueces.

2° ¿Los principios jurídicos son parte del D natural o del D positivo?

Si son parte del D positivo, ¿están implícitos o pueden inducir de las NJ positivas?

→ Se habla de los principios jurídicos en el ámbito constitucional y de los tratados internacionales, en casi todas las CN hay un capítulo dedicado a principios rectores que establecen D's que nos son reconocidos a través de estas.

Expresiones como "los D's fundamentales están establecidos por principios...".

→ Los principios jurídicos se caracterizan por ser:

Positivados, es decir por ser parte del D positivo encontrados en CN.

Y aplicables, es decir, aun cuando hay leyes y costumbres para resolución del caso concreto.

→ Tiene también una característica distintiva que es que la expresión de principios jurídicos es ambigua.

1) Se habla de los principios como pautas no concluyentes, **Dworkin** sostiene que las NJ prescriptivas se distinguen entre Reglas y Principios.

Reglas	Principios
- En el supuesto de hecho, sus condiciones de aplicación son cerradas. - El supuesto de hecho es una condición suficiente para la aplicación de la consecuencia jurídica.	- Sus condiciones de aplicación son abiertas. Algunas o todas condiciones de aplicación son implícitas. - El supuesto de hecho es una condición contribuyente de aplicación de la consecuencia jurídica.
- Establecen sus condiciones de aplicación de forma concluyente.	- Establecen sus condiciones de aplicación de forma no concluyente.

→ Los principios se aplican según su dimensión de peso en la argumentación

ALF ROSS consideraba a los D's morales como deberes de primera facie, como deberes no concluyentes.

ejemplo. Si bien se tiene el deber moral de decir la verdad, ese deber puede ser conflicto con otra moral y derrotado en el balance del deber.

La **teoría moral** dice cual es el mecanismo que se tiene que utilizar para determinar que se debe hacer para pasar de N's morales con deberes de prima facie a N's morales con deberes concluyentes.

→ a veces, los principios jurídicos son interpretados como pautas no concluyentes que pueden entrar en conflicto con otras pautas.

LA PONDERACIÓN

Es determinar el peso de algo, hay N's que expresan D's prima facie y los jueces cuando aplican el D deben "ponderar" los principios, es decir, establecer cuáles son las condiciones de aplicación explícita para extraer las consecuencias aplicables al caso.

2) Se habla de los principios jurídicos como reglas ideales

Aquellas que establecen las condiciones que debía tener una cosa para responder al modelo óptimo.

Los principios jurídicos establecen mediante las N's constituidas determinadas dimensiones de los estados de las cosas ideales, lo que el mundo debe tener para ser conforme al D. Las N ideales deben ser complementadas por mecanismos que establezcan el grado aceptable en el que esas condiciones han de darse y eliminar los conflictos, por lo que en estos casos también es necesario la ponderación.

Los principios jurídicos son pautas que establecen **no lo que se debe hacer** sino **aquello que se debe ser**.

ROBERT ALEXY sostiene que los principios jurídicos son mandatos de optimización. Estos mandatos obligan a hacer aquello que sea necesario para que el Estado de cosas ideales se realicen en la mayor medida posible.

ROBERT NOZICK sostiene que el término "principio" se refiere a algo más que reglas, los principios son las líneas generales en las cuales los detalles encuentran su lugar.

CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS

JOHN AUSTIN (1832)

Define a las NJ como "mandatos generales (respaldados por amenazas) formulados por el soberano hacia sus súbditos".

Toda NJ posee un sujeto destinatario, quien recibe la orden; un acto, aquello que debe realizarse; una ocasión, cuando debe realizarse el acto; y un operador imperativo, que indica que se trata de una orden.

Las NJ se distinguen de las demás N's porque **tienen su origen en la voluntad del soberano**, y sólo él puede dictarlas.

HANS KELSEN (1934)

Define

→ NJ como base de todo.

→ Lo que dice la NJ es válido,

- La NJ prescinde de toda N moral, histórica o social.
- No hay NJ sin una sanción jurídica.
- Primero se debe crear la NJ y después el SJ.
- Plantea a las NJ como JUICIOS DEL DEBER SER.

Ante este último planteo, existe un abismo lógico entre juicios del ser y del deber ser porque ningún juicio del deber puede derivarse de premisas que sean sólo juicio del deber ser e inversa.

Juicios del deber ser	Juicios del ser
Son directivos, No tiene sentido predicar V o F, Se llaman N's.	Son descriptivos, Son susceptibles de V o F.

→ Kelsen niega que se trate de la voluntad emanada por una persona determinada, así rechaza la postura de Austin.

→ Para Kelsen, las N se distinguen de los mandatos por su validez.

En el juicio del deber ser, **una N es válida si y sólo si, quien la formula está autorizado a hacerlo por otra N válida.**

→ Para Kelsen, las N son técnicas de motivación social, y se diferencian en dos técnicas:

1. Motivación directa

Las N indican directamente la conducta deseable, se pretende motivar a la persona por la autoridad o racionalidad de la misma N. Su incumplimiento acarrea sanciones o premios pero NO están previstos por las propias N.

2. Motivación indirecta

Las N no indican directamente la conducta deseada, sino que motivan a la persona estableciendo una sanción para la conducta indeseable y un premio para la deseable.

Las NJ prevén sanciones y autorizan a (O) a aplicarlas.

!!!

LA SANCIÓN JURÍDICA, es el acto coercitivo (actual o potencial) consistente en la privación de algún bien (como la vida, la propiedad, la libertad o el honor), ejercida por un individuo autorizado al efecto y como consecuencia de una conducta.

Enunciados con sanciones

Para Kelsen, *una NJ es la que prescribe una sanción jurídica.*

Una NJ primaria es una N que tiene como contenido un acto coercitivo que está calificado como debido.

1º clasificación: Clases de NJ en cuanto a las condiciones de aplicación según Kelsen.

→ Categóricas

La ejecución del acto coercitivo no está supeditada a ninguna condición (las sentencias judiciales).

→ Hipotéticas

El acto coercitivo está supeditado al cumplimiento de una condición, a la realización de una conducta. (las leyes)

2º clasificación: NJ generales y particulares según Kelsen.

→ NJ generales

Se aplican a clases de sujetos, lo son las leyes.

→ NJ particulares

N que especifican a uno o algunos sujetos, lo son las sentencias judiciales o las cláusulas de un contrato.

3º condición: N primarias y secundarias según Kelsen

→ N primarias

Prescriben la privación de sus bienes (a un sujeto), por medio de la fuerza, estas son las NJ genuinas.

Estructura: "A (conducta), debe ser P (pena, sanción, etc)."

→ N secundarias

Son derivados lógicos de las primarias, su enunciación tiene sentido para explicar el D.

Estructura: "Debe ser NO A"

Así, de la N primaria "si alguien mata se aplicará pena de 8 a 25 años", se extrae la N secundaria que sostiene "Se debe NO matar".

Kelsen sostiene que los destinatarios directos son funcionarios encargados de disponer su ejecución o de ejecutarlas (como los jueces).

Y los destinatarios indirectos, son los individuos particulares (la comunidad). Los particulares son motivados de manera INdirecta por las NJ.

Enunciados sin sanciones

Para Kelsen estos no son N, sino que son parte de las N genuinas (N primarias), y forman el antecedente de las N.

Ejemplo. "la mayor parte de los arts de la CN, en N del Cod. Civ. y Cód. de proced.

!!! UN SJ TENDRÁ TANTAS NJ COMO SANCIONES TENGA PREVISTAS.

Entonces, el N° de NJ es IGUAL al N° de SANCIONES. **!!!**

Las NJ vs las Propositiones normativas según Kelsen

NORMAS JURÍDICAS	PROPOSICIONES NORMATIVAS
Son juicios del deber ser	También lo son pero son descriptivas
Son enunciados prescriptivos que disponen la privación a un sujeto de sus bienes por medio de la fuerza.	Son enunciados que describen una o varias NJ.
No pueden ser calificadas como V o F	Si pueden ser calificados como V o F
	La ciencia del D describe y sistematiza el D vigente a través de ellas.

CRÍTICAS

JOSEPH RAZ critica la concepción de las NJ de Kelsen sosteniendo que la calificación de una N como NJ por el hecho de disponer de una sanción, no es suficiente.

HERBERT HART (1961)

Sostiene que N son “órdenes respaldadas por amenazas”, responden solo por NJ penales y algunas civiles, como por ejemplo NJ que disponen la forma de celebrar contratos, matrimonios, testamentos, etc.

Hart va a criticar la teoría de Kelsen y va a sostener:

- Va a desconocer la entidad de las N que confieren potestades y va a considerar a las N que confieren potestades como fragmentos de las N que disponen sanciones. Deforma el D.
- Sostiene que los destinatarios de las N no son sólo los funcionarios, las NJ buscan motivar a los súbditos.
- Considera que el ordenamiento jurídico sólo desde el pv del hombre malo, hay que castigar en vez de poner el centro en el hombre que busca cumplir su deber.
- La nulidad no puede considerarse sanción, la sanción supone que una conducta es indeseable y busca desalentar, y la nulidad se limita a no reconocer efectos jurídicos a un acto si no cumple con determinadas formalidades.
- El D comprende la reunión de diferentes tipos de N o reglas.

REGLAS SEGÚN HART

Reglas primarias

Son las NJ directas, las cuales prescriben a los individuos a realizar ciertos actos quieran o no, imponen obligaciones hacia los súbditos.

Reglas secundarias

Son las NJ indirectas, estas se ocupan de las primarias y se diferencian en:

Reglas de reconocimiento

- ⇒ Establecen criterios de identificación del D,
- ⇒ Distingue qué N forman parte de un SJ y cuáles no,
- ⇒ Determina las condiciones para que una regla sea una N válida.

Reglas de cambio

- ⇒ Confieren potestades a los funcionarios y particulares para que puedan crear y/o derogar N primarias.
- ⇒ Permiten que el D no sea estanco sino, que se adapte a la sociedad.

Reglas de adjudicación

- ⇒ Dan competencia a individuos como los jueces para resolver conflictos jurídicos sobre la aplicación de N's revistiendo las decisiones de los (O).
- ⇒ Determinan el procedimiento de designación de los jueces, atribuciones y deberes.

La distinción que plantea Hart permite advertir que NO es posible distinguir una NJ de otras N's sólo por su estructura o contenido de manera aislada, sino que se puede distinguir por su pertenencia a un SJ.

“NJ es aquella que pertenece a un SJ”

SISTEMA JURIDICO (7)

Teoría general de los sistemas

Un **sistema** es un conjunto de elementos que están relacionados entre sí, es decir, es un conjunto más una estructura, la cual define las relaciones que se dan entre los elementos del conjunto.

Un **conjunto** puede ser formado a partir de cualquier colección de elementos, pero no todos los conjuntos pueden concebirse como sistemas.

Un **sistema jurídico**, es un conjunto de NJ relacionadas entre sí (sistematizadas), que se dan en un lugar y momento determinado.

NO todo conjunto de N's forma un SJ.

Sus N's deben estar sistematizadas, deben tener relación las unas con las otras (los sistemas normativos).

La relación que deben tener las N para decir que es un SJ son tres relaciones recíprocas, que si se cumplen todas, las N's están sistematizadas.

1) Relación de unidad

Todo SJ debe reconocer una única fuente creadora de N's.

2) Relación de coherencia

El SJ no debe generar contradicciones ni antinomias.

3) Relación de plenitud

Evita las lagunas del D, sostiene que el juez no puede fallar y que el SJ siempre debe prever una solución para cada caso.

Las N's deben proveer solución a tres problemas

→ Las N's deben ser creadas por una misma fuente dentro del sistema, de lo contrario se está ante un "problema de unidad".

→ Las N's que comparten un mismo ámbito de aplicación, NO deben proveer soluciones contradictorias entre sí. Si se da esto, se está ante una "contradicción o antinomia".

→ Las N's deben brindar soluciones a todos los casos. Cuando no sucede así, es un "problema de plenitud del D" o "lagunas del D".

Un SJ es un sistema normativo

En este, Joseph RAZ distingue entre SJ momentáneos, el cual es un conjunto de N's que forman parte del D de un Estado en un momento determinado.

Y SJ no momentáneos, que es un conjunto de N's que pertenecen a un SJ en un lapso temporal.

!!!

Un SJ es un sistema de NJ con TODAS sus consecuencias lógicas en un momento determinado. (las normas se encuentran compartiendo relaciones de unidad-coherencia y plenitud).

!!!

Diferencia entre Sistema Jurídico y Orden Jurídico según KELSEN

Un **SJ** es un conjunto de N's que prevé TODAS sus consecuencias lógicas en tiempo y momento determinado. Un SJ es estático, sus N's formuladas o derivadas se rigen por el principio de deducibilidad.

En cambio, un **OJ** es una secuencia de sistemas normativos a lo largo del tiempo. El OJ tiene un carácter dinámico, su N no formulada o no derivada, se rigen por el principio de legalidad.

Los sistemas estáticos y sistemas dinámicos

→ Kelsen realizó una distinción, sostiene que un sistema normativo es **estático** si y sólo si está estructurado por la relación de consecuencia lógica, establecida por el criterio de deducibilidad, el cual comporta la identificación de un conjunto de N's como N's del sistema. Todas las consecuencias lógicas de esta N son miembros del sistema.

Ejemplos → los sistemas morales (es posible inferir otras N's que son sus consecuencias lógicas).

Para Pufendorf y Thomasio (iusnaturalistas racionalistas), consideran que entre las NJ si existen relaciones lógicas, para ellos el D natural estaba formado por un conjunto de principios evidentes para la razón humana. Se afirma que una autoridad dicta una N "x" como *"prohibido fumar en aulas de la uns"* también ha dictado sus consecuencias lógicas, *"prohibido fumar en las aulas de la uns cuando se esté tomando examen"*.

→ Kelsen sostuvo que un sistema normativo era **dinámico** si y sólo si está estructurado por las relaciones genéticas de acuerdo con el criterio de legalidad, el cual comporta la identificación de un conjunto de N's como N del sistema. Las N's cuya creación ha sido autorizada por las identificadas en 1º lugar, son miembros del sistema.

En estos sistemas sus primeras N's establecen los hechos productores de N's, únicamente confiere autorización para dictar N's.

Kelsen y Merbe conciben relaciones entre las NJ como relaciones genéticas o dinámicas.

Una N1 tiene relación con otra N2 si y sólo si N1 autoriza la creación de N2.

Entonces, un reglamento cuya creación ha sido autorizada por una ley, tiene con esa ley una relación genética.

EL SISTEMA JURÍDICO COMO SISTEMA NORMATIVO

El sistema normativo es un conjunto de N que contiene todas sus consecuencias lógicas, dentro de estas N están las N's **formuladas** que son las N explicitamente dictadas por una autoridad; y las N's **derivadas** las cuales son las consecuencias lógicas de las N's formuladas.

La noción de sistema normativo sirve para caracterizar al D de un país y los sistemas más reducidos.

Universo de casos y universo de soluciones

La noción de sistema normativo es útil para solucionar un problema normativo, para caracterizar este primero se debe delimitar el conjunto de casos individuales a los que se va a circunscribir el problema, el universo del discurso, que viene definido por alguna propiedad que caracteriza sus elementos.

El ámbito fáctico del problema está caracterizado por tres circunstancias. Tiene tres propiedades relevantes en el universo del discurso:

- El consentimiento del titular (CT o -CT)
- La resolución jurídica (RJ o -RJ)
- Flagrante delito (DF o -DF)

Cada una prevé dos situaciones: que esté presente o esté ausente.

Estas propiedades pueden usarse para clasificar el universo del discurso, la cual requiere de tres requisitos:

1. Ningún caso individual del universo del discurso debe pertenecer a más de una clase.
2. Cada caso individual del universo del discurso debe pertenecer a una de las clases.
3. Ninguna clase debe resultar vacía.

Las propiedades relevantes deben reunir condiciones como:

- a) Ser lógicamente independientes entre sí.
- b) Ser lógicamente independientes de las propiedades que definen las acciones del universo de acciones.
- c) El universo de casos y el de soluciones deben ser dos universos correspondientes.

El universo de propiedades (CT; EJ; DF) puede generar un universo de casos formado por todos los elementos.

El universo de casos sin el número de propiedades (ejemplo 2^n es el número de casos elementales, y 2^3 es igual a ocho. Estos ocho son los casos elementales que constituyen una clasificación del universo de casos.)

CONSISTENCIAS Y ANTINOMIAS

La antinomia o contradicción normativa se da cuando un caso del universo de casos de un sistema normativo tiene dos soluciones incompatibles entre sí.

Nino sostiene que sucede cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles.

!!! Las Antinomias se dan cuando entre dos o más N's de un SJ comparten total o parcialmente su ámbito de aplicación

❖ Un sistema que carece de antinomias es un sistema consistente. Por lo tanto, un sistema normativo es consistente **si y sólo si** ninguno de los casos de su universo de casos es antinómico, si y sólo si ninguno de sus casos está correlacionado con dos soluciones incompatibles entre sí.

Clasificación de antinomias

A) ANTINOMIA TOTAL-TOTAL

Se da cuando los ámbitos de referencia de ambas N **se superponen totalmente.**

ejemplo. N que establece que la importación de salame de milán debe pagar recargos aduaneros y otra N que estableciera que el salame de milán está exento de recargo aduanero.

B) ANTINOMIA TOTAL-PARCIAL

Se da cuando el ámbito de referencia de una N **está incluido totalmente** en el de otra, **pero la otra** comprende casos adicionales.

ejemplo. una N que establece que la importación de fiambres sufrirá recargos aduaneros y otra N exime tales recargos al salame de Milán.

C) ANTINOMIA PARCIAL-PARCIAL

Se da cuando las descripciones de dos N's con soluciones incompatibles se superponen parcialmente, pero ambas tienen ámbitos de referencia autónomos.

ejemplo. una N que establece que los embutidos importados están sujetos a recargos aduaneros y la otra N establece que los salames están exentos de ellos, entonces el salame de milán está en el campo de conflicto de ambas N's, porque es embutido y salame.

Para resolver las antinomias

La teoría del D desarrolló criterios que comportan un cambio en el SJ para que la antinomia desaparezca, suponen una ordenación entre N's antinómicas.

1) Lex posterior derogat legi priori

La ley posterior deroga la ley anterior, es decir, la N posterior prevalece sobre la promulgada con anterioridad.

2) Lex superior derogat legi inferiori

La ley superior deroga la ley inferior, es decir que indica que entre dos normas contradictorias de diversa jerarquía, la que prevalece en la N de nivel superior.

3) Lex specialis derogat legis generali

La ley especial deroga la ley general, es decir que se dará preferencia a la N específica que está en conflicto con una norma cuyo campo de referencia es más general.

Los conflictos de criterios

→ Entre criterio cronológico y criterio jerárquico, en este conflicto prevalece el criterio jerárquico.

→ Entre criterio de especialidad y criterio cronológico, no hay una solución general.

→ Entre criterio jerárquico y criterio de especialización, prevalece el criterio jerárquico.

Aclaraciones

- El cambiar las soluciones normativas supone un cambio de sistema.
 - Es normal que en un sistema normativo complejo como el actual, haya contradicciones normativas, porque acá el ideal de consistencia entra en tensión con la realidad, por eso los criterios de resolución de antinomias son importantes.
-

LOS RASGOS DISTINTIVOS DE LOS SJ

La regla es considerada una norma jurídica y existe como tal si pertenece a un sistema jurídico existente.

El sistema jurídico se presenta como sistema normativo, sistema coactivo y sistema institucionalizado.

SJ COMO SISTEMA NORMATIVO

El D pertenece a la familia de los sistemas normativos, los cuales abarcan las normas morales, las normas sociales y las normas jurídicas.

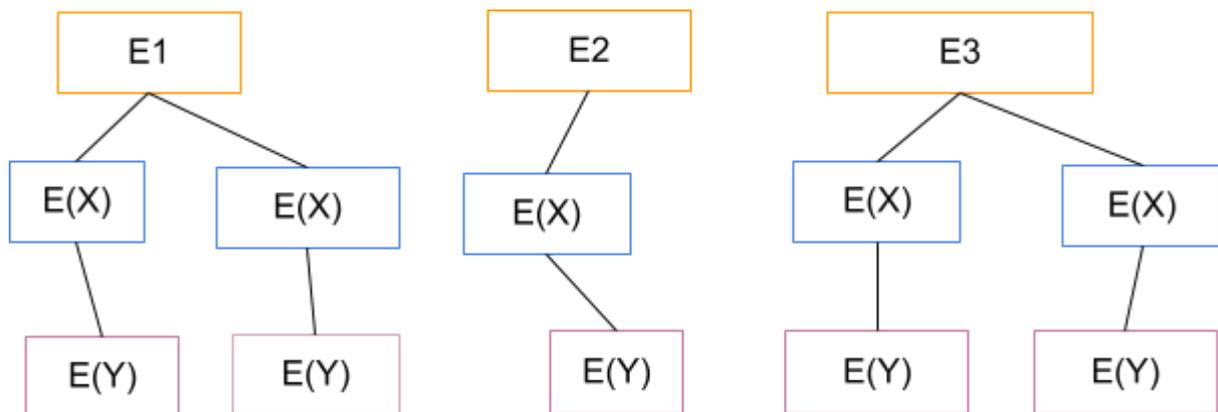
Alchourron y Bulygin parten de la definición de Tarski, que sostiene que un sistema normativo es un sistema de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas. Esos autores caracterizan los sistemas normativos como sistemas deductivos de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas hay al menos una N para calificarlo como normativo al sistema.

Esto refleja un enunciado que correlaciona un caso a una solución normativa (oblig, prohib, permi)

El sistema no está sólo constituido por N's, el D comprende definiciones, descripciones fácticas, expresiones.

En el sistema deductivo de enunciados se producen N's o enunciados generales; enunciados particulares; otros enunciados derivados ("x") de esos enunciados particulares; y otros que derivan de los enunciados "x" ("y").

Este sistema deductivo, es normativo cuando entre los enunciados hay al menos una N.



* ENUNCIADOS GENERALES O PARTICULARES

* ENUNCIADOS DERIVADOS DE ENUNCIADOS PARTICULARES

* ENUNCIADOS DERIVADOS DE ENUNCIADOS DERIVADOS

SJ COMO SISTEMA COACTIVO

Kelsen rige la coactividad de los sistemas jurídicos, toda N de un SJ prescribe un acto coactivo (sanción).

Para que un sistema de enunciados sea un sistema normativo es necesario que incluya al menos una N, sin que sea necesario que todos sus enunciados sean N's.

PERO no es un sistema jurídico si no incluye N que prescriben actos coactivos, aunque no todas deben estipular un acto coactivo.

Se puede distinguir al D de otros sistemas normativos porque alguna de **sus reglas están dirigidas a regular** el ejercicio del **monopolio de la fuerza estatal**.

No todas sus normas prescriben sanciones, hay normas jurídicas que prohíben, permiten u obligan conductas.

Así como hay N's que prohíben el uso de la coacción, existen N's que excepcionan esta prohibición y autorizan el empleo de las fuerzas.

ejemplo. para materializar la privación de un bien que se impone como pena por un delito, o para indemnizar a quien ha sufrido un daño.

La moral también regula los actos coactivos, ejemplo. prohíbe la violencia, pero autoriza la legítima defensa como pena o acto de guerra.

JOSEPH RAZ

sostiene que no cree que sea lógicamente necesario que se de la coactividad para calificar al SJ.

SJ COMO SISTEMA INSTITUCIONALIZADO

HART sostiene que un sistema jurídico se caracteriza por incluir normas secundarias, las cuales le otorgan al SJ carácter de institucionalizado, porque sus propias N's establecen autoridades y órganos centralizados para operar las N's del sistema y volverlas dinámicas. Esto permite que haya monopolio de la fuerza estatal.

Las reglas secundarias crean órganos y facultan a individuos a crear o modificar reglas ya existentes.

Si el SJ no establece órganos centralizados (que son los únicos para aplicar medidas coactivas), NO HAY monopolio de la fuerza estatal.

El SJ regula el empleo de la fuerza como un monopolio de ciertos órganos.

KELSEN se basa en la institucionalización de los SJ cuando establece la diferencia con los sistemas morales, sosteniendo que los sistemas normativos son dinámicos.

Existen tres tipos de órganos, los cuales sin estos, las preguntas acerca de la pertenencia de una N a un SJ y de la existencia de un SJ, no pueden ser respondidas.

→ Hay órganos encargados de crear y de derogar N's generales del sistema.

Son los legisladores.

→ Hay órganos encargados de determinar que N's son aplicables a situaciones particulares y disponer medidas coactivas que tales N's prescriben.

Son los jueces.

→ Hay órganos encargados de ejecutar físicamente las medidas coactivas.

Son órganos policiales y de seguridad.

JOSEPH RAZ sostiene que hay ÓRGANOS PRIMARIOS, que se deben identificar para identificar un SJ. Estos son los órganos que aplican las N's generales en los casos particulares y ordenan la ejecución de medidas coactivas que disponen estas N's. (son los jueces y están obligados a aplicar N's a los casos particulares)

La obligación de los órganos primarios de aplicar N's y la regla de reconocimiento según HART.

El origen de la obligación proviene de una regla social desarrollada por los jueces, que establece que las N's que satisfacen ciertas condiciones, como el ser dictadas por cierto órgano, son válidas y deben ser aplicadas.

La existencia de las reglas, se pone en manifiesto en la aplicación de esas N's, en cómo se justifica esa aplicación y las críticas a quienes no las aplican, etc.

La situación que le da cada juez es diferente, en conjunto, **los jueces no están obligados por la regla de reconocimiento, sí lo está cada juez que integra el conjunto.**

SJ COMO D OBJETIVO

El sistema jurídico es un sistema normativo reconocido por órganos que estatuye el mismo sistema, que regula las condiciones en la que los órganos pueden disponer la ejecución de las medidas coactivas (en determinadas situaciones) recurriendo al monopolio de la fuerza estatal.

CRITERIOS DE PERTENENCIA Y DE INDIVIDUALIZACIÓN

Se parte de "la validez de las normas jurídicas como la cualidad de pertenencia de una norma a un sistema jurídico (en sentido descriptivo)"

La pertenencia de las normas derivadas

Una norma pertenece a un SJ cuando el acto de dictarla está autorizado por otra norma que pertenece al SJ, es decir, *una N es válida cuando ha sido creada por otra N válida de un SJ.*

Para determinar si una N pertenece o no a un SJ se debe llegar a través de la "cadena de validación" hasta otra N que forme parte del sistema. (Raz)

→ La cadena de validez termina en la N no derivada.

→ Que una N se derive de otra, implica que la primera en el tiempo, autoriza la creación de las posteriores.

→ La autorización implica dotar de competencia a otro órgano.

Según KELSEN, una N es válida cuando concuerda con lo establecido por otra N válida, en cuanto a:

- Cuando es dictada por el órgano autorizado por la N superior.
ejemplo. la CN autoriza al congreso nacional.
- Cuando el órgano cumplió el procedimiento establecido para la creación de la N derivada. (el incumplimiento del procedimiento genera la invalidez formal).
ejemplo. las mayorías exigidas para la sanción de las leyes de la CN.
- Cuando la N creada tiene el contenido que autorizó la N superior.
ejemplo. El poder ejecutivo en casos excepcionales, puede dictar decretos de necesidad y urgencia (DNU), pero estos no pueden tener contenido penal, electoral o tributario. (si se incumple con el contenido, la N resultante posee invalidez material).

La pertenencia de las N no derivadas

En este caso, su pertenencia al sistema NO puede depender de que el acto de dictarla esté autorizada por otra N válida, porque no existe tal N.

Porque es el último eslabón de la cadena de validez. La pertenencia al sistema se proyecta sobre todo este, de ellas dependen la validez del resto de las N's subordinadas.

Criterios de individualización

Sirven para distinguir un sj de otro.

1) Criterio territorial → es el ámbito de aplicación territorial del sistema, es decir, es individualizar un D por el territorio donde sus N's se aplican.

ejemplo. El D argentino se aplica en el ámbito del territorio argentino, el D uruguayo lo hace en su territorio.

!!! En este caso, el concepto de territorio es jurídico, no físico ni natural.

2) Origen de cierto legislador → Según AUSTIN, una N pertenece al sistema jurídico que esté integrado por todas las N's dictadas por el mismo legislador (sea directa o indirectamente).

Clases de legislador: Soberano (el cual posee el poder de legislar ilimitado, no debe obedecer a nadie), y el Delegado (al cual el soberano le otorga competencia para legislar)

!!! Que se produzca un cambio de legislador originario, es decir el soberano, determina un cambio en el SJ.

3) Norma fundamental → Según KELSEN, el contenido de la N fundamental es un presupuesto hipotético que asumen los juristas. Por ejemplo los que dictaron la CN argentina de 1853, estaban autorizados a hacerlo.

!!! El contenido de la N fundamental se la darán los juristas cuando ya saben a qué sistemas jurídicos y CN originaria se refieren, por lo cual ya está individualizado el SJ.

4) Regla de reconocimiento → Según HART, una N pertenece a un SJ cuando su aplicación está prescrita por la regla de reconocimiento de ese sistema.

Un SJ se distingue de otros por el hecho de que todas sus N's están directa o indirectamente prescriptas por una regla de reconocimiento diferente a la que prescribe aplicar las N's de otro.

!!! No tiene sentido aplicar validez o invalidez de esta regla porque ésta sirve para identificar la validez de otras N's.

RAZ señala que Hart no justifica que todo el orden jurídico tiene una sola regla de reconocimiento.

HART admite que la regla de reconocimiento determina varias fuentes independientes de normas válidas. Ejemplo. las normas dictadas por un parlamento, las originadas en sentencias judiciales.

→ Si hubiera más de una regla de reconocimiento, no habría criterio de individualización.

5) Reconocimiento de Órganos primarios → Según RAZ, los criterios de individualización y de pertenencia, deben basarse en los órganos que aplican las NJ a órganos primarios. La competencia de estos órganos para aplicar las N's es otorgada por las mismas N's, lo cual lleva a un círculo vicioso.

!!! En este criterio, la coactividad y el monopolio de la fuerza estatal se consideran como característica distintiva de los SJ.

Los órganos que reconocen las normas de un sistema jurídico recurren al mismo aparato coactivo para cumplir sus decisiones, esto permite individualizar los sistemas jurídicos.

Se puede decir que **dos normas no derivadas pertenecen al mismo sistema jurídico cuando son reconocidas por órganos que están en condiciones de disponer medidas coactivas recurriendo a la misma organización que utiliza el monopolio de la fuerza estatal.**

El sistema jurídico cambia si existe una modificación substancial en el aparato coactivo y si cambian las normas primitivas que los órganos reconocen.

COMPLETITUD Y LAGUNAS (8)

Lagunas normativas

Se está frente a una laguna normativa si un caso elemental del universo de casos de un sistema normativo "s" no está correlacionado con ninguna solución maximal del universo de soluciones.

Una laguna es en un determinado sistema y un determinado caso.

ALCHOURRÓN Y BULYGIN sostienen que hay diversos usos de la laguna. En los casos individuales, se distinguen las lagunas de reconocimiento con las de conocimiento, ambas se refieren a dificultades que pueden aparecer cuando debemos proceder a la clasificación de un caso individual en un caso genérico.

Laguna de conocimiento → Se da por la falta de información de los hechos del caso, hay en los casos individuales de los que no se sabe si pertenecen o no a un caso genérico por **falta de conocimiento** de las propiedades del caso individual.

Laguna de reconocimiento → Se da por la indeterminación semántica o vaguedad de los conceptos generales, hay en los casos individuales de los que no se sabe si son o no instancias de un caso genérico por **falta de determinación semántica** de los conceptos que permiten identificar las propiedades del caso genérico.

En los casos genéricos hay que distinguir entre las lagunas normativas y las axiológicas. Las **normativas** se dan cuando un caso de tal sistema normativo, no se correlaciona con alguna calificación normativa de determinada conducta, es decir, con una solución.

Las axiológicas surgen cuando hay insuficiencia valorativa del sistema, acá el caso está regulado y tiene una solución normativa pero esa solución es insatisfactoria porque la autoridad normativa no tuvo en cuenta una propiedad que merecía ser tomada en cuenta.

TESIS DE PLENITUD DEL DERECHO

HANS KELSEN sostiene que los sistemas normativos son por razones lógicas, *completos*. El D es completo porque es una verdad lógica que todos los comportamientos que no están prohibidos, están permitidos.

Principio de Prohibición

“Todo lo que no está prohibido, está permitido”

Esta tesis está avalada por la interdefinibilidad de los operadores deónticos NO-Prohibidos y Permitidos.

Permitidos puede entenderse cuando aparece en una proposición normas de dos maneras: en sentido débil, es cuando un comportamiento está permitido en un sistema normativo porque no existe ninguna norma que lo prohíba. Y en sentido fuerte, cuando un comportamiento no está prohibido por un sistema normativo, pero hay una norma que lo permite.

La verdad es que es contingente, porque puede o no haber en el sistema una norma que permita todo aquello que no está prohibido, y se la llama a esa norma como “regla de clausura”, y el D penal la contiene en su ppio. de legalidad *“Todo lo que no está penalmente prohibido, está penalmente permitido”*

Por eso, el principio de prohibición en sentido fuerte no es necesariamente verdadero.

!!! El principio de prohibición no es justificación para la tesis de plenitud del D, porque en sentido débil es necesariamente verdadero pero compatible con presencia de lagunas, y porque en sentido fuerte es contingentemente verdadero, sólo cuando existe una regla de clausura en un sistema normativo se dice que es completo, tampoco garantiza que los sistemas jurídicos sean completos.

LA INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS

Ya que en los sistemas jurídicos puede haber lagunas, todas las estrategias que usan los juristas para calmar y llenar lagunas, comportan un cambio en el sistema normativo. De manera ideal, un sistema debe ofrecer soluciones para todos los casos de su universo de casos, de lo contrario, es un sistema que regula el comportamiento de manera defectuosa.

En la teoría del D, determinados argumentos sirven para calmar las lagunas, como argumento por analogía, argumento contrario, argumento de los principios jurídicos, etc.

El argumento a contrario se emplea como un justificador de una nueva norma. Por ejemplo, el art. 25 de la CN española dice “la administración civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de la libertad”. Y el alto tribunal concluye “a contrario” que la administración milite, tienen la potestad de imponer sanciones que impliquen la privación de la libertad.

Acá, el argumento se usa de manera coactiva, donde surge una nueva norma.

El argumento analógico parte de que un determinado supuesto de hecho o caso, no está regulado por las normas de un sistema jurídico, es decir, que existe una laguna normativa. Luego se asume que otro supuesto de hecho o caso que tiene semejanza con el anterior si está regulado en ese mismo sistema. Y por último se concluye que por analogía, hay que atribuir al primer supuesto la solución normativa que el sistema jurídico contempla para el segundo supuesto.

Para aplicar la analogía debe existir entre los dos casos una semejanza, una cualidad en común.

El **argumento a contrario** y el **argumento analógico** son argumentos creadores de normas, no son interpretativos, siempre que el juez lo utilice dentro de sus competencias. Es a través de una creación judicial de una norma que se puede calmar la laguna.

Y los principios generales del D si están expresos por ejemplo en nuevas disposiciones de la CN, no habría lagunas, para que la haya se requiere que el caso no esté regulado y no lo está cuando no existe ninguna norma que lo establezca.

Si el principio general fuera expreso, no se ve qué diferencia habría entre juzgar el caso con base a este o con base a una norma específica.

La independencia y las redundancias

La **redundancia** se caracteriza porque el sistema estipula un exceso de soluciones para los mismos problemas, pero esas soluciones no son incompatibles, sino que son reiterativas. Hay una redundancia normativa en un caso “c” de un universo de casos de un sistema normativo si y sólo si está correlacionada por diversas normas con la misma solución normativa.

→ Una norma que correlaciona con un caso “c1” con la solución “permitido p”, es redundante con otra norma que correlaciona el caso “c2” con una solución “obligatorio p”.

!!! Cuando una disposición derogatoria declara derogada una formulación normativa, la cuestión dependerá del contexto y de las intenciones de las autoridades normativas que emitan dicha disposición.

Ahora bien, un sistema normativo que carece de redundancias, es un **sistema independiente**, es decir, un sistema normativo es independiente si y sólo si ninguno de los casos de su universo de casos es redundante.

Al contrario que la plenitud, la independencia de los sistemas normativos no son una propiedad tan importante de los sistemas jurídicos en relación con la guía del comportamiento humano. (es importante en razones de economía expositiva)

LA DINÁMICA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS (9)

El criterio de legalidad → Una N2 pertenece a un sistema normativo “S” si y sólo si, otra N1 que pertenece a “S”, autoriza a un órgano a dictar N2 y el órgano dicta N2.

Este criterio, posibilita el cambio de los sistemas normativos.

El criterio de legalidad explica cómo pueden introducirse nuevas normas en el sistema o eliminarse viejas normas del sistema, y de estas operaciones de introducción y eliminación de normas, surge un sistema normativo distinto del sistema de origen.

ORDEN JURÍDICO Y SISTEMA JURÍDICO

RAZ hizo una distinción entre sistemas jurídicos momentáneos, que son un conjunto de normas que forman parte del D de un Estado en un momento “t” determinado.

!!! Los sistemas de normas con todas sus consecuencias lógicas en un momento “t” determinado, se llaman SJ.

De los sistemas jurídicos no momentáneos, los cuales son un conjunto de normas que pertenecen a un sistema jurídico en algún lapso temporal.

!!! Las secuencias de sistemas de normas a través de un período de tiempo, se llaman OJ.

Diferencia entre ambos

→ El SJ es un sistema normativo estático.

--- Un OJ no es un sistema normativo, es una secuencia de normas en un periodo determinado.

→ Entre los SJ existen actos de creación y eliminación de normas, actos normativos autorizados por normas del sistema anterior.

--- Las normas de un S1 del OJ pertenecen a todos los sistemas sucesivos hasta que son eliminadas. Los OJ persisten a través del tiempo.

--- La identidad de un OJ depende del criterio de legalidad, sólo las autoridades competentes pueden introducir y eliminar normas, y a su vez dependen del primer sistema de la secuencia (el sistema originario).

!!! El D de un Estado está integrado por varios OJ porque existen múltiples fracturas de la legalidad constitucional.

CRITERIOS DE VALIDEZ

Una NJ es válida en el momento “t” en relación con un orden jurídico si y sólo si, pertenece a un sistema jurídico de la secuencia de órdenes jurídicos en el momento “t”.

Hay una distinción entre las normas cuya validez depende de la pertenencia de otras normas dependientes a algún sistema jurídico; y las normas válidas por definición, las normas soberanas del sistema originario (normas independientes). Las normas independientes son las normas soberanas del sistema originario, y no son ni válidas ni inválidas, porque no tienen fundamento de validez en otras normas.

La noción de validez es unívoca, se exige que una norma sea o bien independiente o consecuencia lógica de una norma válida o sea dictada por un órgano competente. La norma válida dictada por un órgano competente es la norma y no formulaciones normativas, y que el órgano sea competente, o respete las normas procedimentales y materiales que regulan la posibilidad de que el órgano cree normas.

!! La noción de validez adecuada al concepto de orden jurídico, describe un orden jurídico óptimo, un orden jurídico cuya secuencia de sistema jurídico contiene normas independientes.

ALF ROSS sostiene que una norma es válida si es vigente, si se dan las circunstancias adecuadas, y será aplicada en los tribunales para resolver conflictos.

HANS KELSEN sostiene que afirmar que una norma es válida, es igual a sostener que es obligatoria, sus destinatarios tienen el deber de obedecerla.

PERTENENCIA Y APLICABILIDAD

Los juristas se refieren a una norma determinada para decir que ella produce tales efectos jurídicos, esto guarda relación con los deberes y autorizaciones de los órganos encargados de la aplicación del D.

Hay normas que pertenecen a un sistema jurídico en el momento “t” y que regulan un caso determinado y no son aplicables a ese caso. No deben ser usadas por órganos de aplicación para resolver el caso.

Hay normas que no pertenecen a un sistema jurídico en el momento “t” y que si regulan un caso determinado, estas deben ser usadas para resolver el caso por los órganos de aplicación.

Pertenencia de las normas a un sistema jurídico (validez), de la aplicabilidad → Una N1 es aplicable en un tiempo “t” a un caso individual “c”, que es una instancia de un caso genérico “C”, si y sólo si otra N2 pertenece al sistema jurídico “sj” del tiempo “t”, prescribe aplicar N1 a los casos individuales que son instancias del caso genérico “C”.

Hay supuestos de normas que no son aplicables en el momento “t” para resolver los casos que regulan:

- A) Norma en periodo de Vacatio legis → los SJ establecen que las normas no entrarán en vigor hasta que no transcurra un determinado tiempo desde su publicación, durante ese periodo las normas no sirven para resolver conflictos. (nuestro orden jurídico establece 20 días como regla general)
- B) Normas canceladas → cuando se declaran determinadas medidas excepcionales previstas en las constituciones, se procede a la suspensión de algunos de los D’s fundamentales, la aplicabilidad de dichos D’s quedan suspendidas o canceladas provisoriamente.

Sucede igual con dos normas antinómicas, estos casos, un criterio (como el de *lex specialis*) puede cancelar la aplicabilidad de la ley general a favor de la especial. No significa que la ley general o que los D's fundamentales hayan dejado de formar parte del SJ, sino que **NO ES APLICABLE A ESE CASO**.

La aplicabilidad de las normas siempre depende de la pertenencia de otras normas al SJ de referencia.

Supuestos:

- (1) Normas derogadas → Son los casos en los que normas ya derogadas (no pertenecientes al SJ del momento "t") pueden ser aplicadas en el momento "t".
Ejemplo. en el supuesto de aplicación de la norma penal más favorable, que establece que a los casos penales les será de aplicación la norma penal más favorable al reo que haya pertenecido a algún SJ de la secuencia entre el momento de la comisión del delito y el momento del enjuiciamiento del caso. Puede suceder que la norma aplicable, por más favorable, sea una norma ya derogada.
- (2) Normas extranjeras → Los ordenamientos jurídicos acostumbran a contener un tipo de normas (las normas de conflicto) que establecen una tipología de casos con elementos de extranjería, en cuales los jueces y los tribunales nacionales tienen la obligación de aplicar normas de otros estados.
Según esto, una norma del código civil "suizo" no deviene perteneciente al SJ "español" del momento "t", sino que deviene aplicable en ese momento "t", en virtud de la norma de conflicto que sí pertenece al SJ del momento "t".
- (3) Normas irregulares → algunas normas irregulares son usadas por los órganos de aplicación porque tienen el deber de hacerlo.

!!! REGLA GENERAL. Una norma pertenece a un SJ en un momento determinado y regula un caso particular, esta norma debe ser aplicada por los jueces para resolver el caso. A esta regla general, hay **EXCEPCIONES**:

N QUE SI PERTENECEN AL SJ NO APLICABLES	N QUE NO PERTENECEN AL SJ QUE SON APLICABLES
N en periodo de <i>vacatio legis</i>	N derogadas
N canceladas	N extranjeras
	N irregulares

Criterios de identidad del OJ

Previo a identificar el orden jurídico es necesario un criterio que permita identificar normas que pertenecen al sistema jurídico en un momento determinado, es a partir de esta identificación que se averigua cuáles son las normas aplicables pertenecientes o no al sistema jurídico de dicho momento.

Se debe distinguir cuándo una norma forma parte de un cierto sistema jurídico y cómo se puede distinguir un orden jurídico de otro.

La pertenencia de las normas a un SJ.

a) Pertenencia al SJ de las N's derivadas.

Para determinar la pertenencia de una norma al SJ, todos los autores aceptan que se formula así. "Una N pertenece a un SJ cuando el acto de dictarla está autorizado por otra N que pertenezca al SJ en cuestión", es decir "Una N es válida cuando ha sido creada de acuerdo a otra N válida del SJ".

HANS KELSEN expone este criterio para decidir la pertenencia de una N a un SJ, el de su validez.

Sostiene que para determinar si una N pertenece a un SJ se debe llegar a través de una N o conjunto de N's que forman ya parte del sistema. (la cadena de validez o subordinación)

JOSEPH RAZ define la cadena de validez como el conjunto de todas las N's tales que cada una de ellas autorice la creación de una sola de las restantes, excepto una que no autorizará la creación de ninguna; y la creación de cada una de ellas esté autorizada por la N del conjunto.

KELSEN sostiene que una N es válida cuando concuerda con lo establecido por otra N válida en cuanto:

- Al órgano que debe dictarla;
- El procedimiento mediante el cual debe ser sancionada;
- y al contenido que debe tener dicha N.

Kelsen anota que el elemento importante que toman en cuenta las NJ a diferencia de las Normas Morales, para permitir la creación de otras, es el órgano que debe dictarlas.

!!! Conclusión

Para determinar si una N "a" pertenece a un SJ "x", hay que hallar alguna N "b" que pertenezca a "x" que haya autorizado a dictar la N "a" a quien la sancionó, por el procedimiento que siguió y con el contenido que le ha dado, si se halla la N "b" y se acepta que pertenece a "x", "a" pertenece a "x".

(es válida en relación a "x" siempre que no haya sido derogada de acuerdo con N de "x")

Se debe presentar una cadena de validez integrada por eslabones intermedios entre sus dos extremos, uno constituido por la ordenanza cuya validez se cuestiona y uno por la CN cuya validez se admite.

ejemplo. El intendente goza de competencia para dictar ordenanzas de acuerdo con una ley orgánica para la Municipalidad dictada por el congreso y que éste está autorizado por la CN para dictar leyes.

En los SJ positivos de N's originarias de actos humanos, es imposible hallar siempre una N que faculte la creación de otra ya que los hombres pueden solo realizar un número finito de actos de creación de N's.

b) Pertenencia al SJ de las N's no derivadas

A estas N's no derivadas se las pone más de manifiesto la conexión entre los criterios de pertenencia de una N a un OJ y los criterios de individualización de un OJ.

Criterios:

1) Criterio de la N fundamental → Entre las soluciones en la identificación de una N suprema, la de Hans Kelsen es la más conocida:

Kelsen determina la validez de una norma por su derivación de otra N válida, así llega a una primera norma positiva del SJ (como la CN) y se pregunta respecto de si ella es válida y si pertenece al SJ.

Recurre a la Norma Fundamental, que es un presupuesto epistemológico, una especie de hipótesis de trabajo que utilizan los juristas, NO es una N dictada por algún legislador. El contenido de la N fundamental se describe con formulaciones con el sentido de otorgar competencia al legislador originario. Por ejemplo, "los que han dictado la CN están autorizados a hacerlo"; "Debe ser lo que ha establecido el legislador originario; la coacción debe ejercerse en las condiciones prescritas por la CN".

!!! Los SJ se diferencian de otros por estar originados en diferentes NF.

Con la NF puede proclamar la "validez" de las primeras N's positivas del SJ, ellas derivan de aquella norma presupuesta es decir, ella autoriza la sanción de las demás.

Según el criterio de validez de la NF, se la debe aceptar dogmáticamente antes de ponerse en tela de juicio.

2) Criterio basado en la Regla de reconocimiento → Hart pretende resolver las falencias de los criterios de pertenencia de una N al SJ e individualización del OJ recurriendo a la regla de reconocimiento que él considera distintiva de todo SJ.

El criterio de pertenencia que sugiere **Hart** estipula que una N pertenece a cierto SJ cuando su aplicación está prescripta por la regla de reconocimiento de ese SJ.

Y el criterio de individualización establece que un cierto OJ se distingue de otro por el hecho de que la aplicación de todas sus N's están directa o indirectamente prescriptas por una regla de reconocimiento diferente de las que prescribe aplicar N's del otro.+

KELSEN vs HART

→ La regla de reconocimiento se encuentra en mejores condiciones que la NF para servir como punto de referencia de los criterios de pertenencia e individualización.

→ Hart elude el enredo de Kelsen cuando este sostiene que la validez de la NF debe presuponerse, aclarando que la Regla de Reconocimiento no tiene sentido predicar validez o invalidez, porque ella sirve para determinar cuándo las demás normas son o no válidas.

→ La Regla de reconocimiento no es una mera creación intelectual e hipótesis del pensamiento jurídico (como lo es la NF), sino que es una norma positiva, una práctica social (siendo la NF una no positiva).

→ Hart fracasa en proveer criterios de individualización y pertenencia operativos y el fracaso está dado por dificultades en la individualización de la regla.

JOSEPH RAZ apunta a que Hart no consigue justificar su aserto de que todo OJ tiene solo una regla de reconocimiento.

Y HART admite que la regla de un SJ puede determinar distintas fuentes de normas válidas primitivas.

!!! Si esto es así, la regla de reconocimiento determina dos fuentes de normas válidas, y no frente a dos reglas de reconocimiento diferentes, cada una prescribe la aplicabilidad de las N's creadas a través de los procedimientos.

CONCEPTOS JURÍDICOS BÁSICOS (10)

Cuando en una determinada sociedad existe un sistema jurídico, hace posible que ciertas acciones y omisiones estén prohibidas, obligatorias o permitidas por parte de las normas que forman parte del sistema.

→ Se habla de conceptos jurídicos básicos respecto a aquellos que son reconstruidos generalmente por la teoría del D en el nivel intermedio de abstracción.

El estudio del lenguaje de los juristas es el lenguaje en el que se expresan las proposiciones normativas.

Hay niveles de abstracción del lenguaje, son tres que sirven para realizar una descripción.

1) Nivel alto

En este se encuentran descripciones de las situaciones jurídicas que utilizan los operadores deónticos, son “prohibido, obligatorio, permitido”.

2) Nivel bajo

En este nivel se encuentran las descripciones que hacen los cultivadores de la dogmática jurídica, aquellos que se dedican a describir y sistematizar la parte del SJ de la que se ocupan directamente. Utilizan expresiones de cada una de las ramas del D.

Ejemplos del D civil “compraventa” “alquiler”; del D penal “homicidio” “apropiación indebida”; del D mercantil “capital social” “sociedad en comandita”.

3) Nivel intermedio

Y en este nivel se encuentran expresiones usadas por los juristas dogmáticos que no son ni tan numerosos como en el nivel bajo, ni tan reducidos como en el nivel alto. Son utilizadas en su propio trabajo de reconstrucción y sistematización sea cual sea la rama del D.

Como “D subjetivo”, “deber jurídico”, “responsabilidad”

!!! Estos niveles no son tajantes y tienen matices, no siempre los juristas dogmáticos se limitan a usar este tipo de expresiones y no siempre las teorías del D se ocupan de elucidar las nociones que son frecuentes entre los juristas.

Los objetivos del análisis conceptual

La elaboración de un aparato conceptual puede obedecer finalidades distintas, hay dos objetivos:

a) Objetivo de la coherencia metodológica → este objetivo trata construir un aparato conceptual coherente a partir de cuál sería el concepto central que se debe tener en cuenta desde el pv teórico, mostrando las relaciones que directa o indirectamente tienen los demás conceptos con el que se ha elegido como eje.

Es un objetivo utilizado por KELSEN, el seleccionará conceptos básicos a partir de ideales científicos del positivismo y ello le lleva a tomar como concepto central el de “sanción” y a partir de este define los demás términos.

b) Objetivo de la adecuación a los usos vigentes → Este objetivo se mantiene vigente entre los juristas y a partir de ahí trata de reconstruir los distintos conceptos jurídicos fundamentales. En este, debe primar la recolección con precisiones oportunas, el núcleo de las expresiones vigentes tal como son usadas por los juristas.

Este objetivo procura tomar el lenguaje de los juristas como punto de partida.

Y es utilizado por HOHFELD

KELSEN vs HOHFELD

Kelsen se aducirá en favor de alguna distinción de empleo que de ella hacen los juristas, y es planteado en el ámbito del “civil law” o “continental”.

Mientras que Hohfeld efectuará redefiniciones de términos que se apartan del uso de los juristas e introducirá expresiones para las distinciones implícitas en ese uso. Un ejemplo es el “no-D”. Se da en el ámbito del “common law”.

CONCEPTOS JURÍDICOS BÁSICOS SEGÚN KELSEN

KELSEN sostiene que el D es una técnica de control social con la característica del uso de la fuerza institucional.

El sistema conceptual de Kelsen constituye conceptos relacionados entre sí, y se elige un concepto independiente para no caer en el círculo vicioso de las relaciones recíprocas. Entonces Kelsen toma como término independiente el de “sanción” y así los demás términos dependientes incluirán en sus definiciones una referencia a “sanción”.

SANCIÓN (11)

Define **sanción** como *“acto coactivo que tiene por objeto la privación de un bien ejercido por una autoridad y como consecuencia de la conducta de algún individuo”*.

“acto coactivo” es aquel que debe cumplirse contra la voluntad del afectado por él.

“privación de un bien” supone la amenaza de la privación de un bien.

“autoridad competente” es aquella que ha sido autorizado a llevar a cabo el acto coactivo a través de una N de competencia del SJ del que se trate.

“consecuencia de una conducta” debe imponerse una consecuencia a una acción u omisión de un individuo para que se produzca la sanción.

!!! Solo se habla de sanción en casos en que entre las condiciones de aplicación del acto coactivo se halle acción u omisión de un individuo

NO es sanción el establecimiento de medidas de privación de libertad prevista para el estado de cosas que acontecen sin intervención humana.

Se habla de sanciones en los ámbitos del derecho penal o civil.

BIEN es un estado de cosas que las personas consideran valioso (libertad, propiedad, vida).

CONCEPTO DE ACTO ILÍCITO

Kelsen lo denomina como “la acción u omisión establecidas por el SJ como condición de sanción”.

→ En el modelo kelseniano de la norma jurídica como condición, el acto ilícito es el antecedente del mismo, y su consecuencia es la sanción.

“si p (acto ilícito), entonces debe ser q (sanción)”.

Un acto ilícito es determinado por el hecho de que cada ordenamiento establece sanción para el caso de que determinado comportamiento tenga lugar.

!!! Un comportamiento no se sanciona porque sea un acto ilícito, sino que es un acto ilícito porque se sanciona.

NO hay ninguna actividad que sea en sí misma un acto ilícito.

CONCEPTO DE OBLIGACIÓN JURÍDICA

La obligación jurídica es la conducta opuesta al acto ilícito.

Un individuo tiene la obligación jurídica de realizar determinada conducta, es decir que una norma jurídica ordena determinada conducta de un individuo.

CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

El individuo contra el que se dirige la sanción responde por el acto ilícito, es responsable de él.

Responsabilidad directa → un individuo “a” es responsable directo de un acto ilícito si solo si el sistema jurídico establece una sanción para “a” como consecuencia del acto realizado por “a”.

Responsabilidad indirecta → Un individuo “a” es responsable indirecto de un acto ilícito si y sólo si el sistema jurídico establece una sanción para “a” como consecuencia del acto por otro individuo “b”.

Responsabilidad subjetiva → para que la sanción sea aplicable, el ordenamiento requiere que el sujeto haya querido o previsto el resultado de su acto ilícito.

Responsabilidad objetiva → Un individuo es susceptible de ser sancionado con independencia de que haya querido o previsto el resultado del acto ilícito. Generalmente un caso de responsabilidad indirecta, es un caso de responsabilidad objetiva.

La teoría -kelseniana de los conceptos jurídicos básicos tiene virtudes:

-Es simple.

-se diferencia de la teoría iusnaturalista tradicional

-Es sistemática: los conceptos que la conforman están relacionados entre sí. Todos ellos son directa o indirectamente definidos a partir del concepto de sanción.

!!! Hay ramas del ordenamiento que se ven insatisfechas, así, surgen otras concepciones del D como la de HART que incluyen las reglas secundarias, o la de HOHFELD.

POSICIONES JURÍDICAS DE HOHFELD

Él parte de la constatación de que en el lenguaje de los juristas se utiliza una serie de afirmaciones “x tiene D a hacer p” o “y tiene el deber de hacer q”.

El término “D” y el término “deber” preceden una serie de expresiones que guardan relación entre sí.

→ Término D

inmunidad, libertad, privilegio, prerrogativa, facultad, poder pretensión, competencia, permiso, autonomía.

→ Término deber

Obligación, responsabilidad, carga, restricción, incompetencia, limitación, incapacidad, gravamen, impedimento, prestación.

Hohfeld pretende aislar ocho conceptos jurídicos fundamentales (4 de D y 4 de deber). Esto reduciría cualquier situación jurídica que se plantee a alguna de esas ocho expresiones.

Las modalidades activas son iguales a la familia del D.

una persona se puede hallar en una de las cuatro posiciones:

a) Una persona como titular del D.

- b) De una libertad
- c) De una potestad
- d) De una inmunidad

Las modalidades pasivas son iguales a la familia del “deber”

- a) deber
- b) no derecho
- c) sujeción
- d) incompetencia

RELACIONES ENTRE CONCEPTOS (12)

Además de las relaciones internas entre los miembros de cada familia, Hohfeld se interesa por las relaciones externas que tienen los miembros de cada familia con los miembros de la otra.

Hohfeld va a utilizar dos criterios que provienen de categorías aristotélicas, que son Correlación y Oposición.

A través de estos se podrán identificar situaciones jurídicas en las que una persona se puede encontrar en relación con otra a través de los contratos en los que haya participado.

1) Relación de CORRELACIÓN

Se puede dar la equivalencia entre situaciones que pueden ser descritas dando primacía a una modalidad activa o a una pasiva.

Cada una de las *modalidades activas* identifica la situación de un sujeto “A” en su relación con un sujeto “B”, cada una de las *modalidades pasivas* identifica la situación que tiene B frente a A.

Así se consigue contar con una serie de equivalencias que pueden resultar útiles para describir variadas posiciones jurídicas que pueden ocupar tales sujetos. Estas son:

(1) derecho / deber

A la modalidad activa “derecho” le corresponde la pasiva “deber”

“A tiene derecho a que B realice el acto x si y sólo si B tiene el deber frente a A de hacer el acto x.”

Ejemplo. “A tiene el D de que B le pague el dinero acordado, lo cual es equivalente a sostener que B tiene el deber de pagarle a A. Pero al mismo tiempo, B tiene el D a que A le transmita la propiedad del automóvil, lo cual significa que A tiene el deber de hacerlo.”

(2) Libertad / no derecho

A la modalidad activa “libertad” le corresponde la pasiva “no derecho”

“A tiene frente a B la libertad de realizar el acto x si y sólo si B no tiene D o tiene el “no derecho” a exigir que A se abstenga de hacer x”.

Ejemplo. “Si A tiene frente a B la libertad para circular por las calles es porque B tiene el no derecho a impedirlo”.

(3) Potestad / sujeción

A la modalidad activa “potestad” le corresponde la pasiva “sujeción”

“A tiene la potestad de producir ciertos efectos jurídicos sobre B si y sólo si B a través del acto x, está sujeto a A”

→ Si se da la relación descrita, entonces la situación jurídica de B se verá afectada por los efectos del acto x realizado por A. (los efectos pueden ser negativos o positivos)

Ejemplo en el ámbito privado. “A fallece habiendo testamento a favor de B y éste lo acepta, puede decirse que A tenía la potestad de producir ciertos efectos sobre B y B está sujeto a las disposiciones de A, y una vez aceptado el testamento se producen en relación con B los efectos positivos y negativos.

Ejemplo en el ámbito público. “Situación de los funcionarios de la Administración diciendo que gozan de una serie de potestades otorgadas a través de normas de competencia, cuyo ejercicio supone modificar la situación jurídica de quienes se hallan sujetos a las mismas (los ciudadanos), y los efectos pueden ser positivos o negativos.

(4) Inmunidad / incompetencia

A la modalidad activa “inmunidad” le corresponde la pasiva “incompetencia”

“A tiene frente a B una situación de inmunidad respecto a los posibles efectos del acto x de B si y sólo si B es incompetente para alterar mediante el acto x, la situación jurídica de A.”

Ejemplo. Un jefe de Estado puede gozar de inmunidad en relación con determinados actos delictivos.

→ En cada uno de los pares de nociones, cada posición activa es relativa a otra pasiva y viceversa, una no puede subsistir sin la otra.

→ cada noción identifica un tipo especial de relación jurídica entre dos sujetos desde el punto de vista de ambos.

→ Cada relación jurídica particular ejemplificada en alguna institución concreta del derecho positivo, puede ser analizada como una relación o conjunto de relaciones que termina encajando en una o más de estas relaciones fundamentales.

RELACIONES DE OPOSICIÓN

A cada modalidad activa le corresponde como su negación, una modalidad pasiva, es decir, lo opuesto.

(1) Derecho / no Derecho

A la modalidad activa derecho, se le opone la pasiva no derecho.

“Si A tiene frente a B el derecho de que este haga x, se excluye que A no tenga el derecho de que B haga x”.

(2) Libertad / Deber

A la modalidad activa libertad se le opone la pasiva deber.

“Si A tiene frente a B la libertad de hacer x, se excluye de que A tenga el deber de hacer x frente a B”.

(3) Potestad / Incompetencia

A la modalidad activa potestad se le opone la pasiva incompetencia

“Si a tiene la potestad de producir ciertos efectos jurídicos respecto a B mediante el acto posible x de B, se excluye que A esté sujeto frente a B respecto del acto x y de sus efectos jurídicos.”

(4) Inmunidad /sujeción

A la modalidad activa inmunidad se le opone la pasiva sujeción.

“Si A tiene frente a B una situación de inmunidad respecto a los efectos jurídicos del acto x de B, se excluye de que A esté sujeto a B respecto del acto x y de sus efectos jurídicos”.

INTERPRETACIÓN DEL DERECHO (13)

La interpretación jurídica

Kelsen cita al obispo Hoadly *“aquel que tiene una absoluta autoridad para interpretar cualesquiera normas jurídicas escritas o habladas, es en realidad el verdadero legislador para todos los fines y propósitos y no la persona que por primera vez las escribió o transmitió verbalmente”*.

La frase demuestra la importancia que tiene la interpretación en el D y hace referencia a la interpretación realizada en el momento de aplicar al D, es decir, la interpretación realizada por los jueces.

!!! No solo los jueces interpretan las normas, sino también los individuos para acatar el D (ciudadanos, legisladores) y la ciencia jurídica para describir el D.

→ “interpretación”

Es una palabra ambigua porque padece de ambigüedad proceso/producto. Es decir, puede aludir a una actividad: si alguien afirma “estas son las reglas que debes seguir en tu interpretación”; y puede aludir al resultado de esta actividad: cuando se dice “esta es la interpretación correcta”.

→ Los objetos susceptibles de ser interpretados pueden ser:

- 1) El acto o comportamiento humano.
- 2) Un hecho histórico.
- 3) Una canción.
- 4) Un papel en una obra de teatro.
- 5) Un texto.

→ La **interpretación jurídica** consiste en interpretación de textos, sea la actividad de descubrir o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o sea el resultado o producto de esa actividad, es decir, el significado al que se llega.

!!! Se debe entender la actividad interpretativa como una actividad de descubrimiento de decisión o ambos.

→ Concepto **RESTRINGIDO** de interpretación jurídica

El concepto restringido de interpretación jurídica se da cuando se utiliza para referirse a la atribución de significado a un texto o formulación normativa sólo cuando existen dudas o controversias en torno al mismo.

Si se asume este concepto, no se puede hablar de interpretación cuando un texto sea claro y no de lugar a dudas y controversias, únicamente **es objeto de interpretación en los textos oscuros**.

→ Concepto **AMPLIO** de interpretación jurídica

En cambio, este se da cuando se utiliza interpretación para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, con independencia de que existan dudas o controversias, para la concepción amplia, cualquier texto requiere interpretación. Y considera que atribuir significado a un texto requiere algún tipo de valoración o decisión.

De acuerdo con esta concepción, SIEMPRE se requiere algún tipo de valoración o decisión, sólo después de interpretar, se toma la decisión.

Ejemplo general . Hay un cartel en un ascensor que dice “capacidad máxima tre personas”

Para la concepción restringida sería un texto claro que no necesita ser interpretado.

Pero para la concepción amplia pueden darse dos suposiciones:

- 1) Si hay tres personas y una de ellas lleva un perro, ¿Suben todos?
- 2) Si hay tres personas y una de ellas lleva un bebe ¿Suben todos?

→ En el momento de utilizar esta norma clara, se tiene que interpretar.

→ Se interpreta por intención del legislador, es decir, suben las dos situaciones, porque la intención del que escribió esta norma es que no se sobrecargue el ascensor.

La interpretación no sería una actividad puramente cognoscitiva, las palabras no tendrían un significado propio, sino sólo el que atribuye quien las utiliza o quien las interpreta.

!!! Para la concepción amplia, hacen una distinción entre los textos claros y los textos oscuros, que la claridad y la oscuridad no son cualidades intrínsecas de un texto que precedan a la interpretación. Son ellas mismas fruto de la adscripción de un significado a un texto, por un lado únicamente después de interpretar un texto se decide si es claro u oscuro, y por otro lado porque puede existir controversias acerca de las características.

!!! Un texto es claro si los intérpretes concuerdan sobre su significado.

!!! La claridad es fruto de varias decisiones interpretativas que concuerdan.

NOCIONES LINGÜÍSTICAS

Toda interpretación del D consiste en la interpretación de un texto normativo. Un texto normativo es una función lingüística escrita que expresa una o varias normas.

Las nociones lingüísticas son los signos y símbolos; los nombres propios y palabras de clase; y la denotación y connotación.

a) Signos y símbolos

Los **signos** son **naturales**, la conexión entre el signo y lo que representa es CAUSAL, independientemente del acuerdo humano.

ejemplos.

- abundantes nubes en el cielo son SIGNO de que va a llover
- La fiebre es SIGNO de enfermedad
- La caída de las hojas son SIGNO del otoño
- El paso veloz de un camión de bomberos es SIGNO de incendio.

Los **símbolos** son **convencionales**, la conexión entre símbolos y lo que simboliza es PRODUCTO de los seres humanos mediante acuerdo o uso.

ejemplos.

- La luz roja de un semáforo es SÍMBOLO que expresa la obligación de detener un vehículo.

Los significados de los símbolos, originalmente, no han sido descubiertos, sino fueron asignados.

b) Nombres propios y Palabras de clase

El lenguaje es un sistema de símbolos (palabras), entre las palabras de los lenguajes se encuentran los nombres propios y las palabras de clase.

Los **nombres propios** representan a un determinado objeto y sólo a aquel.

ejemplo. "Barcelona"; "Madrid", "Londres"

Y las **palabras de clase** son el nombre que se da a un conjunto de objetos que presentan propiedades semejantes.

ejemplo. "ciudad"

La cantidad de objetos que constituyen el mundo hace imposible referirse a ellos asignándoles nombres a cada uno.

Para evitar estos inconvenientes, se clasifican los objetos del mundo, es decir se agrupan aquellos objetos que tienen una o más propiedades en común.

Toda clasificación es discrecional, quien la hace, elige el criterio de agrupación que prefiere, sin que nada obligue a agruparlos de una determinada forma. Ejemplo. Clase de coches se los puede clasificar según cada interés: por marca, color, medidas, etc

c) Denotación y connotación

La **denotación o extensión** está compuesta por los objetos de la clase nombrada, es decir, objetos que constituyen la clase que nombra.

ejemplo. La denotación de la palabra ciudad está formada por todas y cada una de las ciudades.

La **connotación o intención** consiste en el conjunto de propiedades que un objeto debe tener para ser nombrado por la palabra.

Ejemplo. La connotación de la palabra ciudad puede ser “población con más de veinte mil habitantes”

La connotación constituye el criterio de aplicación de la palabra.

La denotación es el conjunto de objetos a los cuales se aplica la palabra	La connotación describe el conjunto de propiedades que un objeto debe tener para ser nombrado por la palabra.
---	---

Problemas de interpretación

Los lenguajes naturales son aquellos idiomas que se utilizan para comunicarse en la vida cotidiana, son ejemplos el castellano, el inglés, el francés, etc.

Los lenguajes naturales se caracterizan porque suelen cumplir la función de comunicación de manera aceptable a costa de imprecisiones.

Hay ámbitos en los que se utilizan los lenguajes formales como la lógica o la matemática, que eliminan las imprecisiones del lenguaje natural, pero no se adaptan a la comunicación cotidiana.

Por eso los textos normativos están formulados en lenguaje natural para facilitar la comprensión. Así, todas las imprecisiones del lenguaje natural van a trasladarse a las actividades de interpretación jurídica.

Los principales problemas de interpretación se dan en consecuencia de la ambigüedad, vaguedad y textura abierta de las palabras.

TEORÍAS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA (14)

“Interpretar” es determinar el significado de una formulación normativa (“enunciado interpretativo”), a una expresión de la forma “f significa s” (f representa la formulación normativa determinada y s el significado definido).

Una expresión normativa es la expresión lingüística de una norma y una norma es el significado expresado por esa formulación. Dos o más formulaciones pueden expresar la misma norma, y una misma formulación puede expresar dos o más normas.

Concepciones de la interpretación

1) Concepción cognoscitivista

Acá, interpretar una formulación normativa F es **detectar** el significado de F, **informando** que F tiene el significado de S.

La interpretación del derecho tiene como resultados interpretativos proposicionales susceptibles de verdad o falsedad. Es una actividad cognoscitivista sobre cuya base es siempre posible determinar unívocamente el significado de los textos.

Esta concepción antes se asociaba con el formalismo jurídico, actualmente Dworkin tiene la posición de esta concepción.

2) Concepción no cognoscitivista

Para esta concepción, interpretar una formulación normativa F es **adjudicar** un significado a F, **estipulando** que F tiene el significado S.

La interpretación del derecho tiene como resultado enunciados interpretativos no proposicionales, carentes de valores de verdad.

La interpretación del derecho no es una actividad cognoscitiva sino una actividad decisoria o estipulativa, ninguna cuestión jurídica tiene una respuesta correcta previa a la decisión judicial, porque los textos legales son indeterminados.

Esta posición es defendida por autores del realismo jurídico norteamericano.

3) Concepción intermedia

Acá, interpretar una formulación normativa F es **según el caso, detectar** el significado de F, **informando** que F tiene el significado de S, **o adjudicar** un significado a F **estipulando** que F tiene el significado S.

Algunos enunciados interpretativos son susceptibles de verdad o falsedad y otros no. Los textos legales estarían parcialmente indeterminados y existen respuestas concretas para ciertos casos. En los casos típicos el derecho se halla determinado y existe respuesta correcta para ellos, pero en los casos atípicos, el derecho no se halla previamente determinado y no existe respuesta correcta para ellos.

Esta concepción es defendida por **Hart**.

TÉCNICAS INTERPRETATIVAS

Las interpretaciones en sentido del producto de la actividad interpretativa pueden ser clasificadas como interpretación literal o interpretación correctora.

→ Interpretación literal

Es la que adecúa el texto normativo al uso común de las palabras y de las reglas gramaticales en determinada comunidad.

Pero el problema es que es difícil determinar el significado común de una expresión ya que no siempre es unívoco y preciso y además de que las reglas gramaticales no son claras.

Igualmente los juristas suelen aludir a ciertos argumentos para fundamentar la interpretación literal.

Esos argumentos son las MÁXIMAS que sirven para poner de relieve que no se debe ir más allá de lo que quiso decir el legislador (se usa ante concepto restringido de interp.). Y los argumentos al contrario que justifican la interpretación literal.

→ Interpretación correctora

Es correctora cualquier interpretación que atribuye a un texto normativo un significado distinto al que tendrán según el uso común de las palabras y de las reglas gramaticales. Puede ser extensiva o restrictiva.

Es **extensiva** si amplía el significado de una formulación normativa, incluyendo supuestos que no se encuentran en la literal, es decir, amplía la denotación usual de las palabras.

Y es **restrictiva** si reduce el significado literal de una formulación normativa, excluyendo de su campo supuestos que se encuentran en la literal, reduce la denotación usual de las pal.

La justificación **extensiva** utiliza el argumento analógico. En primer lugar parte de que un determinado supuesto de hecho C1 no está regulado por las normas de un determinado sj, no viene establecida una solución normativa, hay una laguna normativa.

En segundo lugar, se asume que otro supuesto de hecho C2 que guarda semejanza con C1, sí que está regulado en ese sj “si C2, entonces S”

En tercer lugar, se concluye que por analogía hay que atribuir a C1 la solución normativa que el sj contempla para C2 “si C1 entonces S2”.

EJEMPLO.”obligatorio vacunar a todos los perros”. ¿Tengo que vacunar a mi gato? → solución uno: interpretar a contrario seibu (no hay obligación). Solución dos: interpretar por argumento analógico (hay obligación).

Y con el argumento a fortiori. Este presupone la previa identificación de la razón por la que a un determinado caso se conecta una determinada solución normativa y no otra, también requiere una mayor razón y no precisa similitud entre los casos.

Este tiene dos variantes:

- argumento a majori ad minus (se usa para interpretar disposiciones que confieren permisos.)
- argumento a minori ad majus (se usa para interpretar disposiciones que instauran obligaciones o prohibiciones)

La justificación restrictiva utiliza el argumento de la disociación, el cual consiste en introducir una distinción que el legislador no había establecido, con la finalidad de reducir el campo de aplicación sólo a algunos de los supuestos de hecho previstos en la norma.

APLICACIÓN DEL DERECHO (15)

Los jueces son quienes se dedican a la aplicación del derecho, aunque cualquier persona puede llevarlo a cabo, basta con que asigne significado a un texto normativo.

En el ámbito jurídico hay clases de interpretación dependiendo del sujeto que la realiza:

- a) interpretación auténtica. La lleva a cabo el mismo autor del texto normativo objeto de interpretación. ejemplo. El legislador que ha aprobado una ley incluye su interpretación en otra ley posterior.
- b) Interpretación oficial. La realizan algunos órganos del estado en el ejercicio de sus funciones. ejemplo. La que desarrolla el tribunal constitucional a la hora de interpretar la CN.
- c) Interpretación doctrinal. La efectúan los cultivadores de la dogmática jurídica.
- d) Interpretación estratégica. La llevan a cabo las partes en un proceso. La función de cada una de las partes en un proceso es la de vencer, intentando convencer a los jueces para que resuelvan en el sentido que ellas defienden.
- e) Interpretación judicial u operativa. La efectúan los órganos jurisdiccionales (los jueces y los tribunales) antes de poder aplicar el derecho.

!!! NO existe aplicación sin interpretación. SI interpretaciones sin aplicación.

“aplicación del Derecho” es una expresión ambigua de proceso-producto, se refiere tanto a la actividad de pasar de unas premisas a una conclusión, y también refiere al resultado de la actividad, integrado por las premisas la conclusión y la relación entre ellas.

LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

El resultado de una actividad de aplicación del derecho es una resolución judicial, acá se plasma el resultado de la actividad consistente en decidir casos individuales a partir de normas generales.

Es posible aplicar tanto normas prescriptivas como normas constitutivas. La aplicación de **normas constitutivas** supone relacionar un caso individual con otro caso individual.

La aplicación de **normas prescriptivas** supone relacionar un caso individual con una solución normativa.

La aplicación del derecho está motivada o justificada, es decir, el fallo de una sentencia debe estar basado de forma argumentada en las normas jurídicas aplicables y en una descripción adecuada de los hechos relevantes.

ART 120.3 de CN “las sentencias han de estar siempre motivadas y deben pronunciarse en audiencia pública”.

→ Una resolución judicial está **justificada** jurídicamente si y sólo si lo está interna y externamente.

Justificación interna

Está internamente justificado si y sólo si la conclusión (el fallo) se deriva lógicamente de las premisas.

Para comprobarlo debe fijarse en la validez lógica de la inferencia que permite pasar de las premisas a la conclusión.

ejemplo.

Premisa normativa "a todo sujeto que cometa un robo, se le debe cortar la mano".

Premisa fáctica "El sujeto S ha cometido un robo"

Fallo "a S se le debe cortar la mano".

Esta conclusión está internamente justificada, pero carece de justificación externa, por lo que el ejemplo no está justificado jurídicamente.

Justificación externa

Consiste en controlar la adecuación de sus premisas

Para que esté justificado externamente es necesario que la norma contenga una norma aplicable en el sj y que la otra premisa fuera la expresión de una proposición verdadera.

>> La justificación de la premisa fáctica <<

La justificación de esta premisa plantea dos problemas:

1) Problemas de prueba, son los problemas acerca de lo que ocurrió.

En la aplicación del derecho ni toda manera de alcanzar la verdad está justificada ni está claro que puede llegar a conocerse con el proceso. Esto lleva a plantear dos límites.

- Límites normativos → la prueba judicial es regulada en los hechos relevantes, en los medios de prueba admisibles y en la formación de la prueba en el proceso.

!!! el juez estudia las proposiciones que versan sobre hechos atinentes para valorar y seleccionar luego la prueba aportada.

- Límites epistémicos → La teoría del derecho no consiguió construir criterios de prueba de las proposiciones involucradas en procesos decisorios, pero plantea dos concepciones de la prueba judicial:

a. Concepción deductivista. La proposición P está probada basándose en la evidencia E si y sólo si P se deduce lógicamente de E.

!!!Solo un argumento deductivo tiene la pretensión de que sus premisas proporcionan un fundamento concluyente para su conclusión. Si el razonamiento deductivo es correcto, es válido, y si es incorrecto es inválido.

b. Concepción inductivista. La proposición P está probada basándose en la evidencia E si y sólo si P es altamente probable en relación con E.

!!!Los argumentos inductivos tienen otra pretensión, sus premisas sólo proporcionan un mayor o menor grado de apoyo a la conclusión. Estos argumentos no pueden calificarse como válidos o inválidos, sino que son fuertes o débiles de acuerdo al grado de apoyo que proporcionan las premisas a sus conclusiones.

En la práctica judicial y en la vida cotidiana se mezclan argumentos deductivos e inductivos, en determinados sistemas o disciplinas a la hora de fundar la conclusión, la evidencia posee diferente peso o se exige un mayor grado de certeza.

2) problemas de calificación → Aunque se esté seguro de la conducta de S, pero hay que establecer si su conducta fue calificada de "" o no. Se puede comprobar que la premisa fáctica dependerá de lo que dispone una norma constitutiva.

A pesar de ser un problema de premisa fáctica, se relaciona con la disposición de la N constitutiva.

>> Justificación de la premisa normativa <<

Sucede a veces que estando de acuerdo con el significado de las expresiones en un texto jurídico, se discrepa acerca de si la norma expresada en el mismo es o no aplicable a determinado caso.

Una norma jurídica N es aplicable a un caso C en relación con un sj S si y sólo si hay otra norma jurídica N1 que pertenece a S y prescribe a un órgano jurídico O determinado a resolver C basándose en N.

!!! Las propiedades de pertenencia y aplicabilidad de una norma no coinciden, por eso junto a normas que pertenecen a S y son aplicables en relación con S, existen normas que pertenecen a S pero no son aplicables y normas que no pertenecen a S y son aplicables.

NORMAS PERTENECIENTES NO APLICABLES

Son casos en que una norma pertenezca a un sj S pero que en cambio no sea aplicable en relación con ese sj.

Ejemplo. una norma ya promulgada que aún no ha entrado en vigor.

Otro ejemplo. Casos de contradicciones o antinomias (dos normas que pertenecen a un mismo sj pero que no pueden ser aplicadas al mismo tiempo).

NORMAS NO PERTENECIENTES PERO APLICABLES

Son casos en que una norma no pertenece a un sj pero que en cambio sea aplicable en relación con ese sistema.

Ejemplo. el ART 2 Cód. Penal dice que a pesar de que las normas penales no tengan efectos retroactivos, en caso de que entre la comisión del delito y el momento de la sentencia haya una norma en el sj más favorable al reo que la vigente en el momento de dictar sentencia, el juez debe aplicar la norma más favorables, sean normas derogadas.

Otro ejemplo puede suceder que ninguna de las normas que pertenecen a un determinado sj sea aplicable a determinado caso (ante una laguna normativa), es decir, que exista una laguna no hace desaparecer la obligación del juez de dictar una resolución para resolver el caso.

LA TAREA CREATIVA DE LOS JUECES

Los jueces tienen amplia discrecionalidad:

-Por los límites que presenta todo el lenguaje natural con ambigüedad vaguedad etc.

-Por contradicciones normativas cuya resolución no se produce siempre por criterios automáticos.

-Por el conflicto entre principios que exige una ponderación.

-Por la presencia de lagunas normativas que pueden tener solución por utilización de argumento a contrario y la analogía.

!!!La discrecionalidad tiene el peligro de caer en la arbitrariedad, es decir, que las decisiones que toman los jueces no estén debidamente fundadas en premisas.

!!!En un estado de derecho es indispensable que toda decisión judicial explicita el razonamiento que lleva a la misma, esto es su justificación o razonabilidad.

ALF ROSS entiende que los jueces poseen al momento de decidir, dos aspectos de su conciencia en juego.

- 1) conciencia jurídica material → decisiones que sienten como correctas de acuerdo con la propia tradición jurídica y cultural a la que pertenecen.
- 2) conciencia jurídica formal → es el respeto a la ley.

Ambas conciencias pueden entrar en conflicto, un juez puede considerar que la solución normativa es injusta, en ciertos casos no se interpreta al legislador sino que se realiza un cambio del significado en la interpretación de quien la aplica.

Ross cita al juez Bernard Botein “El juez indaga primero en los hechos, luego en el derecho y por último, escudriña su alma. Si las tres pesquisas apuntan a la misma dirección, su tarea será fácil, si se divergen no irá muy lejos”.

CONCEPCIONES DEL DERECHO (16)

La tesis de la concepción necesaria entre el Derecho y la moral

En esta tesis, se denomina la moral crítica, es decir, el conjunto de criterios y estándares objetivos aptos para evaluar la corrección de las acciones o instituciones humanas.

Esta tesis define a las doctrinas iusnaturalistas.

Fórmula: [TIN]: la determinación de aquello que el derecho es, depende de su adecuación a la moralidad.

Es decir, la validez jurídica de una norma depende de su validez moral, y las normas que no se adecuan a la moralidad, no son jurídicamente válidas.

-Agustín de Hipona sostuvo que las leyes injustas no son leyes.

-Tomás de Aquino sostuvo que la ley humana que no se deriva del derecho natural no es ley, sino que es corrupción de ley.

La tesis no constituye por sí sola una definición de Derecho positivo, establece una condición necesaria, pero no suficiente para la existencia del derecho positivo.

Por eso, los iusnaturalistas han añadido a esta tesis la teoría según la cual la existencia del derecho positivo depende también de la existencia de hechos sociales.

ROSS sostiene que antes de preguntarse sobre la validez moral de las normas de este orden jurídico determinado es necesario saber cuales son las reglas del orden, es decir, tener una descripción del mismo en tanto que hecho observable.

→ El derecho natural es aquel conjunto de principios y estándares independientes de la actividad que guían el comportamiento de los seres humanos en sociedad.

El derecho natural sólo agota aquella parte referida a la virtud de la justicia.

→ La adecuación a la moralidad que sostiene la tesis iusnaturalista debe ser entendida como la adecuación a aquella parte del orden moral conocida como el derecho natural, y el derecho natural es la expresión del orden general del universo regido por la ley eterna.

Esta caracterización corresponde a las concepciones teológicas del derecho natural: aquellas concepciones que suponen que el origen de tal derecho se encuentra en la voluntad de Dios.

¿Cómo se muestra la adecuación del derecho positivo con la moral, con el derecho natural?

Aquino sostiene que las normas positivas pueden proceder del derecho natural de dos modos.

1) Por derivación lógica de los principios naturales (per modum conclusionis)

2) Por medio de una especificación de dichos principios (per modum determinationis).

Los autores contemporáneos han puesto en duda que el núcleo de la tesis iusnaturalista se halle en la definición estipulativa de derecho.

La tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral no debe ser comprendida en sentido de que las normas injustas no son jurídicamente válidas, sino en el sentido de que la existencia del derecho positivo tiene algún valor moral.

Puede suceder que tenga un valor moral deficiente por contener muchas normas injustas, pero no es posible regular los comportamientos humanos sin instanciar los valores humanos.

HART acerca el contenido mínimo del derecho natural (el mínimo común normativo), comprendida de esta forma con las doctrinas iuspositivistas.

LA NEGACIÓN DE LA TESIS DE LA CONEXIÓN NECESARIA (17)

Las doctrinas iuspositivistas son comprendidas como aquellas que niegan la tesis iusnaturalista.

[TIP]: la determinación de aquello que el Derecho es, no depende de su adecuación a la moralidad.

Hay tres modos de comprender esta tesis:

- 1) "No depende" interpretado como "no puede depender", es decir, es necesariamente el caso que la determinación del derecho no depende a la adecuación a la moralidad.
- 2) "No depende" interpretado como "no necesita depender", es decir, no es necesario el caso que la determinación del derecho no dependa de su adecuación a la moralidad.

Estas versiones de la tesis responden a dos modos de interpretar la tesis de separabilidad entre el derecho y la moral.

- 3) "no depende" interpretado como "no debe depender", es decir, la tesis tiene una lectura prescriptiva, recomienda una forma de identificar el derecho, que presupone que el derecho puede ser de tal manera que sea posible identificarlo sin recurrir a la moralidad.

Esta modalidad es normativa, es una tesis acerca de cómo debe ser el derecho.

La tesis de las fuentes sociales del derecho

JOHN AUSTIN sostiene que "la existencia del derecho es una cosa, y su mérito o demérito es otra" Así formuló la negación de la conexión necesaria entre el derecho que es y el derecho que debe ser.

>> Tesis de las fuentes sociales del Derecho. [TFS]

La existencia y el contenido del Derecho en una sociedad dependen de un conjunto de hechos sociales, es decir, de un conjunto de acciones de los miembros de dicha sociedad.

!!! Los ordenamientos jurídicos tienen una existencia institucional.

la negación de la tesis de la conexión necesaria (17)

[TFS] : la existencia y el contenido del derecho en una sociedad dependen de un conjunto de hechos sociales complejos

Esta tesis no es negada por los iusnaturalistas, las concepciones iusnaturalistas exigen para la validez jurídica de las normas, no sólo su origen en hechos sociales sino también su adecuación a la moralidad.

EL POSITIVISMO JURÍDICO

→ El positivismo jurídico exclusivo

La 1° forma de comprender la tesis [TIP] es:

[TIP 1]: La deter

minación de aquello que el Derecho no puede depender de su adecuación a la moralidad. Esto comprende la tesis de las fuentes sociales en sentido de que la determinación del contenido del Derecho depende de su origen en determinados hechos sociales, sin remisión a la moralidad.

Es importante saber que el positivismo jurídico asume solo tal y como es presentado, una noción muy general del derecho en el interior de la cual caben teorías del derecho muy diversas, una es la teoría realista. Y no distinguir entre el positivismo jurídico como método y el positivismo jurídico como teoría es el origen de dicha confusión.

→ El positivismo jurídico inclusivo

La 2ª forma de comprender la [TIP]

[TIP2]: La determinación de aquello que el Derecho hace no necesita depender de su adecuación a la moralidad.

Según [TIP2] si existen preceptos jurídicos que incorporen conceptos morales o que requieren de la argumentación moral para ser aplicados, entonces la validez jurídica de algunas normas depende de su adecuación a la moralidad, sino existen dichos preceptos jurídicos entonces la validez jurídica no depende de la moralidad.

→ El positivismo ético o normativo

La 3ª versión de la [TIP]

[TIP3] La determinación de aquello que el derecho es No debe depender de su adecuación a la moralidad.

[TIP3] presupone la verdad de [TIP2], presupone que es posible que la determinación del contenido del Derecho dependa de argumentos morales, y considera que el núcleo del positivismo jurídico se halla en la tesis normativa.

El Derecho ha de ser de tal manera que pueda identificarse aquello que prescribe sin recurrir a la moralidad de tal modo, los jueces podrán aplicar el derecho de un modo cercano al formalismo puesto que podrán identificar los comportamientos prescritos por el derecho sin recurrir al razonamiento moral.

La defensa del positivismo ético o normativo se resume en argumentos.

La autonomía le otorga valor a la certeza del Derecho, es preciso reservar un lugar para la argumentación moral.

Los conceptos morales que el derecho incorpora funcionan como cláusulas de revocación, permitiendo ciertos comportamientos a los ciudadanos.

LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO (18)

Ante un dilema, hay dos actitudes básicas, o se acepta o se rechaza. Y esto lleva a tres respuestas:

1. El Derecho no solo ofrece razones prudenciales para la acción, fundadas en el deseo de los seres humanos de evitar las sanciones que el Derecho coactivamente impone.
2. El Derecho no ofrece por sí mismo razones para actuar de carácter autónomo, sino razones que con las razones morales pueden convertirse en razones derivadas.

3. El Derecho ofrece genuinas razones para la acción, porque en el universo de las razones para actuar no solo hay razones prudenciales y morales.

→ La normatividad del D como normatividad independiente de la moralidad y dependiente de su noción de reglas sociales.

El modelo de la coacción

Para este modelo las normas jurídicas son razones prudenciales para nuestras acciones, es decir, las normas intervienen en nuestro razonamiento práctico como razones prudenciales para evitar la sanción.

Las razones morales

Son siempre predominantes, son aquellas que permiten justificar nuestras decisiones después de considerar todos los factores relevantes.

Tipos de razones que integran nuestras deliberaciones prácticas:

1. Las razones operativas → Normas que figuran como premisa de nuestros razonamientos normativos y que permiten obtener una conclusión normativa.
2. Las razones auxiliares → Propositiones de hecho que indican las condiciones o los medios que hay que cumplir para satisfacer las razones operativas.

Las normas jurídicas son fruto de práctica institucionalizada, nunca pueden constituir razones operativas para nuestras acciones.

Puede suceder que las normas jurídicas constituyan razones auxiliares para la acción, en este sentido las normas jurídicas sólo complementan las circunstancias en las cuales se actualizan nuestros deberes morales.

Esta concepción presupone que nuestro razonamiento práctico es unitario porque solo las razones morales son las razones últimas en nuestras deliberaciones prácticas, el resto solo pueden figurar como determinaciones circunstanciales de actividad de nuestros deberes morales.

Las normas jurídicas constituyen razones autónomas para la acción.

Las NJ como razones autónomas para la acción

El rechazo del dilema comporta ofrecer un argumento que muestre que hay espacio para otro tipo de razones para la acción además de las morales y prudenciales.

Argumento que trate de mostrar que a veces las razones jurídicas pueden desplazar a cualquier otro tipo de razones y devenir razones operativas para actuar.

Conlleva tres concepciones

→ EL POSITIVISMO IDEOLÓGICO

Es la posición con arreglo a la cual existe el deber moral de obedecer las normas jurídico-positivas.

→ LA FRAGMENTACIÓN DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO

Las razones morales no siempre predominan sobre cualquier otro tipo de razones, el razonamiento práctico está fragmentado.

→ NJ COMO RAZONES PROTEGIDAS

Raz sostiene que las NJ son razones protegidas, razones de primer orden que prescriben comportarse como la norma establece y a la vez razones de segundo orden de carácter excluyente que desplaza cualquier tipo de otras razones de primer orden.

LA VALORACIÓN MORAL DEL DERECHO

- La meta ética

El objeto de estudio es el hecho de justificar racionalmente los juicios de valor, es decir, analizar el tipo de significado que caracteriza a los términos éticos* y el significado de los juicios de valor**.

*bueno, correcto, justo, opuestos.

**Ej. "la pena de muerte es injusta".

- La ética normativa

Determina los principios básicos de justicia y moralidad y sus consecuencias específicas.

- La ética descriptiva

En esta se describen los juicios de valor de cierta sociedad dando cuenta de que es lo que consideran justas o buenas los miembros de dicha sociedad.