

### CAPÍTULO III

## SISTEMAS JURÍDICOS. VISIÓN TRADICIONAL

Sin remontarnos a las diversas concepciones que, muy laxamente, podrían calificarse de “sistemas jurídicos”, formulados desde la Antigüedad hasta el presente, nos referiremos a lo que podría denominarse una concepción tradicional, “clásica”, aunque temporalmente relativamente reciente en la historia del derecho, de “sistema jurídico”.

El sistema jurídico, tanto en la perspectiva antigua cuanto en la desarrollada en la mayor parte del siglo XX, presenta una estructura *jerárquica* de sus elementos y conforma un universo *cerrado y autosuficiente*. Nada hay que sea derecho fuera del sistema y todo lo que integra el sistema es derecho.

Paradigmática en este sentido es la teoría kelseniana del derecho. Con la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen (véase figura 7), la teoría del derecho se orienta definitivamente hacia el estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto, al considerar como concepto fundamental para la construcción teórica del campo del derecho, no ya el concepto de norma sino el de *ordenamiento*, entendido como *sistema* de normas. Por la misma época, Santi Romano había llegado a conclusiones similares<sup>1</sup>.

Dice Kelsen en su *Teoría general del derecho y el Estado*: “El derecho no es una regla como a veces se dice. Es un con-

<sup>1</sup> SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Florencia, 1946.

junto de reglas que tiene esa clase de unidad que concebimos como un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho limitando nuestra atención a la regla aisladamente. Las relaciones que ligan entre sí a las normas particulares de un ordenamiento jurídico son esenciales a la naturaleza del derecho. Sólo sobre la base de una clara comprensión de estas relaciones que constituyen el ordenamiento jurídico se puede entender plenamente la naturaleza del derecho”<sup>2</sup>.

Al partir de la idea de Kelsen de un verdadero orden jerárquico de normas construidas a partir de una norma fundamental y sobre la base de órganos productores en sucesivos niveles normativos, que las elaboran sobre la base de un procedimiento predeterminado y dentro de límites previamente asignados, se puede afirmar la unidad orgánica del derecho.

Merkel, discípulo de Kelsen, graficaba esto mediante la figura de una pirámide (véase figura 8).

Debe tenerse presente que conforme el paradigma de su tiempo, la idea de Kelsen es reduccionista en el sentido de que ve al derecho únicamente integrado por normas y, básicamente, por normas de un solo tipo, aquellas que tienen como consecuencia la sanción. Por otra parte, también lo es en cuanto como “teoría pura” aísla al derecho de su entorno social, político, económico, axiológico. Es interesante, en este contexto, una observación efectuada por Carlos Cárcova cuando dice: “Kelsen no puede admitir la relación entre hecho y norma, de modo que sostiene que la costumbre (cuando una norma pierde eficacia por falta de uso y deroga la norma escrita), en tales casos, crea una norma consuetudinaria de contenido derogatorio (*desuetudo*) forzando una vez más por un prurito formal, una

<sup>2</sup> KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y el Estado*, 3ª ed., Universitaria, México, 1969, p. 3.

explicación que sólo puede ser elucidatoria si da cuenta del aspecto sociológico implicado en la cuestión”<sup>3</sup>.

Antonia Nemeth Baumgartner<sup>4</sup> decía, no hace tantos años, que las diferentes teorías del derecho y la explicación de los fenómenos de las ciencias organizacionales, a pesar de los variadísimos desarrollos de las múltiples disciplinas alrededor de la naturaleza y la explicación de los procesos de convivencia, permanecen hasta nuestros días atrapadas en el reduccionismo mecanicista de las leyes eternas: no se han movido del siglo XIX en cuanto a su enfoque paradigmático.

Las modernas concepciones de las ciencias sociales provocan una suerte de rechazo del criterio kelseniano, en virtud de que precisamente los enfoques funcionalistas y sistémicos conducen, casi insensiblemente, a integrar los conocimientos de las distintas ramas del saber de la sociedad y los seres humanos que la componen en aras de criterios interdisciplinarios y multimodales.

A partir de Kelsen, muchos tratadistas coinciden en la concepción del derecho como un sistema de normas. Así sucede, por ejemplo, en dos de las principales obras publicadas en los últimos setenta años: *Sobre el derecho y la justicia*, de Alf Ross<sup>5</sup> y *El concepto del derecho*, de Herbert L. Hart<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> CÁRCOVA, Carlos, “Notas para una biografía intelectual de Hans Kelsen”, *Revista del Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, nro. 64.

<sup>4</sup> BAUMGARTNER, Antonia N., *Macrometa - noia*, Sudamericana, Santiago de Chile, 1994.

<sup>5</sup> ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.

<sup>6</sup> HART, Herbert L. A., *El concepto del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

A partir de las ideas de Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart, Joseph Raz y otros autores insinúan una apertura y conexión del sistema kelseniano, aun prácticamente cerrado sobre sí mismo, a otros sistemas y realidades que se conectan con él: el sistema social, el sistema económico, el sistema político y, aun, el sistema ecológico.

Como señala Rodolfo Vigo: “No podemos ignorar que una de las notas características con las que se forjó el modelo dogmático de derecho y saber jurídico durante el siglo XIX fue su juridicismo, es decir el derecho se intentaba comprender, justificar y operar sólo desde el derecho, dicho de otro modo, en una especie de autismo jurídico se evitaban las impurezas que provenían del mundo económico, social, sociológico, cultural, político, etc. Sin embargo ese modelo ha entrado en crisis después de la Segunda Guerra Mundial (Perelman) y éste se ha ido complicando y profundizando, en buena medida impulsado por los nuevos vientos que soplan sobre el derecho provenientes, precisamente, de la economía y la realidad social. Recordemos a este respecto la advertencia de Norberto Bobbio en el prólogo a su obra *Dalla struttura alla funzione* sobre la necesidad de que ‘el derecho rompa su esplendoroso aislamiento’ y escuche que ‘la sociología llama a su puerta’. Y también tengamos presente el movimiento de ‘análisis económico del derecho’ que se perfila a partir de esa década tan importante para el derecho, como lo fue la del ‘60, en donde se reclama igualmente que los juristas tengan en cuenta, al adoptar sus decisiones, la proyección en términos de costos y beneficios. Podríamos seguir enumerando algunos otros signos de todo ese nuevo clima jurídico que se detecta con bastante claridad en el mundo a partir de la década del ‘60 y que coinciden en reclamar del jurista atención

en que el derecho y sus decisiones desbordan lo estrictamente jurídico”<sup>7</sup>.

Mientras Kelsen sitúa la “existencia” de la norma en su validez formal, esto es, en su conformidad con una norma superior, Ross ya funda la validez sobre la existencia en tanto eficacia. Sin negar la normatividad del derecho, la considera como una clase de lenguaje que constituye un fenómeno real y que tan sólo por eso es válido. Dice: “Un sistema de normas es válido si es idóneo para funcionar como un esquema de interpretación del correspondiente conjunto de acciones sociales, en forma tal que nos sea posible comprender este conjunto como un todo coherente de significados y motivación, y que dentro del mismo sea posible dentro de ciertos límites la previsión”. Tal idoneidad de las normas para servir de instrumento de interpretación se funda en el hecho que las normas “sean observadas efectivamente, en tanto que sentidas como socialmente obligatorias”; un sistema jurídico nacional, sigue diciendo, “considerado como sistema válido, puede ser definido como aquellas normas que son, efectivamente, operantes en la mente del juez, ya que por él son consideradas como socialmente obligatorias y, por ello, obedecidas”<sup>8</sup>.

Hart, por su parte, nos habla de una *regla de reconocimiento* consistente en una práctica social, desarrollada principalmente por los jueces, que establece que las normas que satisfacen ciertas condiciones son válidas o deben ser aplicadas. Este autor, por otra parte, distingue entre el punto de vista *externo* y *el interno* respecto de la regla de reconocimiento. El punto de vista externo es el de un observador que describe el hecho de que en cierto ámbito rige determinada regla de reconocimiento

<sup>7</sup> VIGO, Rodolfo, su voto en fallo “Gómez vs. Ortiz SC”, Santa Fe 8/6/1995, LL del 24/1/1996, nro. 93.924.

<sup>8</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, cit.

que prescribe que ciertas normas deben aplicarse. En cambio, el punto de vista interno no hace referencia a ella sino que la usa.

Otros autores han elaborado teorías que se han denominado “tridimensionalistas”, tratando de conectar hechos, valores y normas, es decir, diversos “sistemas” entre sí; lo que Hall denominó “jusfilosofía integrativa”. Dentro de esta línea puede nombrarse a Miguel Reale en Brasil y a Carlos Cossio, Julio Cueto Rúa, Werner Goldschmidt, entre otros, en la Argentina.

Todas estas posiciones han tropezado con problemas metodológicos y epistemológicos, basados en la dificultad de ensamblar estas “dimensiones” entre sí sobre la base del pensamiento tradicional y analítico.

Por otra parte, como ya señalaba en la década de 1930 el jusfilósofo norteamericano Felix S. Cohen, es falsa la concepción del derecho como algo que existe completo sistemáticamente en un momento dado del tiempo, y criticaba la concepción tradicional de la ciencia jurídica que trata de darnos una fotografía instantánea del sistema existente y complejo<sup>9</sup>.

Y desde otro ángulo, ya a fines del siglo XIX, la construcción jurídica efectuada por von Ihering exigía —como lo afirma Niklas Luhmann—, como consecuencia, el paso a otro concepto de sistema, como sistema parcial de la sociedad.

A su vez, hace ya más de treinta años sostenía el jusfilósofo italiano Norberto Bobbio, que la teoría general del derecho nunca se ha encontrado en condiciones tan favorables para ensanchar su campo y cavarlo más a fondo. Piénsese, decía, en la ayuda que ha recibido de disciplinas en rápido desarrollo como la TGS. Cerrado, pero no agotado el período kelseniano, ahora está por comenzar para la teoría general del de-

<sup>9</sup> COHEN, Félix S., *El método funcional en el derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

recho el período siguiente, en el que veía surgir dos grandes tareas: la elaboración de nuevos esquemas conceptuales para la comprensión de los profundos cambios de una sociedad en transformación y la confrontación con las teorías producidas más o menos en los mismos años, en análoga dirección aunque de modo independiente, en campos como los de la lingüística, la sociología y la ciencia política.

Ahora bien, a esta altura de la evolución de la sistémica, la teoría general del derecho está en condiciones de ser enfocada mediante el empleo de esta herramienta metodológica y epistemológica. El derecho ha dejado de ser un sistema relativamente estable y simple de normas, conceptos y actos para tornarse, como ha sucedido en múltiples otras áreas de la actividad humana, en un conjunto interrelacionado de sistemas extraordinariamente complejos, con efectos sobre la sociedad de increíble alcance. Ya no es posible enfocarlo en una forma casi intuitiva y artesanal, como se hacía no hace mucho. Ya no se puede crear ni aplicar el derecho "a buena fe guardada y verdad sabida". Tampoco puede concebirse de este modo su enseñanza en las facultades de derecho.

El modelo sistémico del derecho que parece responder mejor a las exigencias de la realidad jurídica "socializada" del capitalismo avanzado (= capitalismo de los grupos económicos y sociales) impone una perspectiva global del fenómeno jurídico en su dimensión social. La adopción de esta perspectiva está plena de consecuencias políticas, ya que tarde o temprano ella constriñe a los juristas a repensar las relaciones existentes entre el poder de promulgar las normas jurídicas, por una parte, y las condiciones dentro de las cuales los sujetos de derecho están obligados a obedecerlas<sup>10</sup>. Ello se verá particularmente

<sup>10</sup> INTZESSILOGLOU, Nikolaos G., "Essai d'identification de la totalité sociale du phénomène juridique en tant que système", *Rechtstheorie Beiheft.* nro. 10, Berlín, 1986, p. 279.

cuando hablemos de la globalización del derecho y los nuevos sistemas jurídicos del mundo global.

Un enfoque sistémico-cibernético del sistema jurídico, a nuestro criterio, satisface en mayor medida los requerimientos de su estudio y aplicación en el mundo posmoderno que nos toca transitar.