

LA FORMACIÓN DEL SISTEMA DEL DERECHO

Christian Rojas Calderón^{1 2}

SUMARIO: I.- Sobre la idea de sistema. A) La insuficiencia de la concepción abstracto-conceptual del Derecho. B) El sistema jurídico externo. II.- La formación del Sistema del Derecho. A) Un cambio en la perspectiva. B) La completitud del sistema interno del Derecho. Conclusiones. Bibliografía.

El presente trabajo tiene por objeto describir en primer lugar cuál es la problemática que existe en torno a la idea de sistema, sobre la idea de sistema jurídico luego, y su complejidad, para posteriormente revisar las distintas acepciones o sentidos del “sistema jurídico”.

A continuación, y en una segunda parte, se revisará críticamente la insuficiencia de la concepción más extendida del sistema jurídico -la abstracto conceptual-, para luego verificar los instrumentos que utiliza el Derecho a fin de encubrir sus insuficiencias, y finalmente proponer una idea o forma de entender este específico sistema.

I.- SOBRE LA IDEA DE SISTEMA

Una primera forma de acercarse al tema planteado en este trabajo es definir previamente lo que se entiende por *sistema*, en general, y avanzando hacia aquello, es posible conceptualizarlo desde varias definiciones como *un conjunto de elementos que ordenadamente relacionados entre sí, contribuyen a un cierto objeto*.

Lo que se sigue a ello es clasificar los sistemas. Ante lo cual es posible distinguir los *sistemas abstractos* y los *concretos*; siendo los primeros los elementos interrelacionados por medio de signos, y los segundos, aquellos compuestos por elementos que tienen un ser real. Otra clasificación que tiene importancia se basa en la distinción entre *sistemas abiertos* y *cerrados*; cuya configuración se basa en la continua relación de intercambio con uno o más elementos del medio ambiente. Finalmente aquel que distingue entre *sistemas dinámicos* y *estáticos*, como aquellos que cambian o no cambian de estado de una situación a otra³.

Ahora bien, respecto de los Sistemas Jurídicos -avanzando algo nuevamente- es posible señalar que éstos tienen un carácter mixto pues en el plano de la normatividad pura son sistemas abstractos, pero en cuanto Derecho viviente,

¹ Abogado. Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo.

² El texto de este artículo, corresponde a una versión revisada de la monografía presentada para aprobar el curso Dogmática Jurídica, dirigido por el Dr. Alejandro VERGARA BLANCO, dentro del Programa “Doctorado en Derecho” impartido por la Pontificia Universidad Católica de Chile, en el segundo semestre académico del año 2002.

³ MUÑOZ R., Eduardo: “Teoría General de Sistemas y Derecho”, en *Anuario de Filosofía Jurídica Social. Homenaje a Norberto Bobbio*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Edeval, Valparaíso, 1990, pp. 95 - 101.

o sea, en acción, los sistemas tienen concreción real; es decir, son en parte abstractos y en parte concretos.

Siguiendo en esta parte a Manuel de Rivacoba⁴, este define ahora, específicamente al *Sistema Jurídico*, como el conjunto ordenado de conocimientos que acerca del Derecho nos provee la ciencia jurídica a través de las llamadas reglas de Derecho o proposiciones acerca de las normas.

En este sentido, la conceptualización del *sistema* en la forma señalada permite la reconstrucción científica del ordenamiento jurídico, reduciéndolo a conceptos y criterios teóricos determinados.

Alguno de los principales sentidos en que se habla de *sistema jurídico* son los siguientes .

Un primer sentido, corresponde al del iusracionalismo del siglo XVII, conforme el cual *sistema* significa únicamente una sistematización extrínseca del Derecho, obtenida aquella por medio de la reconducción de las normas a principios generales.

Una segunda acepción o sentido, proviene de la civilística alemana del siglo XIX, fundada principalmente en Savigny; donde *sistema* es el único orden intrínseco al Derecho, del cual las muchas otras sistemáticas doctrinales hacen otras versiones diferentes, poniendo en conexión antes que las normas, a los institutos jurídicos surgidos del comportamiento social.

Un tercer sentido, emana de la teoría institucionalista de Santi Romano, conforme el cual, *sistema jurídico* indica un ordenamiento jurídico, es decir una organización institucional que se sirve de normas pero que no se reconduce a ellas, donde el Derecho es una unidad en sí misma, distinta de los elementos materiales que la componen.

Un cuarto sentido, es el de la *Teoría Pura del Derecho* Kelsen, conforme el cual *sistema jurídico* da cuenta de un ordenamiento dinámico caracterizado por el hecho de autorregular su propia producción y aplicación, teniendo un carácter predominantemente normativo, configurándose las normas como mensajes lingüísticos preferentemente prescriptivos.

Un quinto sentido, postulado por la sociología del Derecho, el *sistema jurídico* indica un subsistema social de comunicaciones

Luego, este trabajo principalmente no discurrirá sobre el concepto y distinciones de sistema jurídico, más extendido, que se funda en Kelsen⁶, de *sistema* o *principio estático* y *sistema* o *principio dinámico de las normas*, y que dicen

⁴ Cfr. RIVACOBAS Y RIVACOBAS, Manuel de: "El Ordenamiento Jurídico", en *Revista de Ciencias Sociales. Hans Kelsen, estudios y ensayos en su homenaje*, Universidad de Chile, sede Valparaíso, Edeval, Valparaíso, 1974, pp. 226.

⁵ Cfr. BARBERIS, Mauro: "Conjuntos y Sistemas. Una objeción a Alchourrón y Bulygin", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Alicante (España), N° 20, 1997, pp. 23 - 27.

⁶ Cfr. KELSEN, Hans: *Reine Rechtslehre, zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage*, Wien, 1960. Existe edición traducida al español, *Teoría Pura del Derecho* (Roberto José Vernengo), Editorial Porrúa, México D.F., 2002, p. 201 a 205.

relación con el fundamento de validez de las mismas; sino que al fin, ninguno de los sentidos señalados, mas otro distinto al que se aludirá más adelante.

A) LA INSUFICIENCIA DE LA CONCEPCIÓN ABSTRACTO CONCEPTUAL DEL DERECHO

La experiencia de la práctica jurídica, así como la forma de conocimiento del fenómeno jurídico por medio de la Ciencia Jurídica basada en conceptos abstractos, por medio de los cuales se pretende aprehender el Derecho, permiten sostener que ésta forma es inválida, o a lo menos insuficiente⁷. En efecto, una norma que subsume los hechos bajo sí misma, los torna invariables; en tanto que la aplicación del Derecho por concretización importa solo adición, ampliación del sentido.

El aporte de la conceptualización del Derecho, basado en el desarrollo abstracto-conceptual de éste, fue construir una idea acerca del fenómeno jurídico en base a la subordinación de conceptos más especiales a otros de mayor amplitud, pero de contenido cada vez más reducido.

Este sistema, igualmente, permite ubicar cada concepto en su lugar dentro del sistema, subsumiendo otros conceptos bajo ellos, y atribuyéndoles consecuencias jurídicas concretas. Sin embargo, tal cual se expresó primeramente, esta construcción es insuficiente por reduccionista, pues genera conceptos puramente formales que no posibilitan ningún enunciado sobre el contenido de las normas jurídicas, ante los elementos empíricos presentes en el Derecho.

Sí es cierto, en cambio, que siempre que nos encontremos ante un orden jurídico, es irrenunciable la idea de *sistema*, pues el orden jurídico crece según los principios que en su conjunto constituyen el sistema.

Lo que corresponde es proponer un conjunto de principios jurídicos directivos que lo conformen, plenos de sentido y unidos entre sí, que formen un sistema que no pretenda validez general y completitud. Y ello deviene de lo que se denomina una ley histórica, conforme la cual en todas las culturas jurídicas se repite un ciclo que consta del descubrimiento de problemas, formación de principios y consolidación del sistema. Así es posible sostener que los reales factores que forman el sistema del Derecho son los principios y no los conceptos abstractos.

No se trata de renunciar en absoluto al pensamiento sistemático, sino solo de unir pensamiento problemático y pensamiento sistemático en un sistema “abierto”, que, a diferencia del sistema “cerrado” no abriga la pretensión de disponer de antemano una respuesta para toda cuestión jurídica, sino que se mantenga abierta a nuevas perspectivas problemáticas.

⁷ Cfr. LARENZ, Karl: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 1979. Existe edición traducida al español, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (M. Rodríguez Molinero), Ariel, Barcelona (España), 2001, pp. 166 a 174.

El pensamiento problemático aparece brillantemente expuesto por Theodor Viehweg en *Tópica y Jurisprudencia*⁸, donde se entregan los instrumentos necesarios para fijar un problema y proponer su solución, ajustándolo o no a la estructura de la tónica.

Tomando como punto de partida a Gian Battista Vico, Viehweg realiza una distinción entre los métodos o formas de obtención del conocimiento, colocando su acento en uno de ellos -la ya referida Tónica, entendida como una técnica de pensamiento caracterizada por orientarse al problema-, y se pregunta al fin sobre cuál es la relación que tiene ésta con la Ciencia del Derecho⁹.

Luego, desde Aristóteles -quien es probablemente el que por primera vez realiza algún enunciado sobre la misma-, se fija el punto de partida de esta clase de pensamiento en el *arte de disputar*, que en la filosofía griega clásica la practicaban los retóricos y los sofistas. Aristóteles posteriormente realiza una distinción entre *lo apodíctico*, que es lo que concierne a las proposiciones sobre la verdad y es el campo de la filosofía; y *lo dialéctico*, que se refiere a las proposiciones meramente opinables, y es el campo de los retóricos y los sofistas. Por lo mismo el pensamiento apodíctico y el dialéctico se valen de premisas para obtener conclusiones, pero mientras en el primero se parte de proposiciones verdaderas, en el segundo se valen de proposiciones opinables. Así, la tónica tiene por objeto proponer conclusiones dialécticas, o sea, que derivan de proposiciones verdaderas o que parecen verdaderas, siendo considerados los *topoi* como puntos de vista utilizables y aceptables universalmente que se emplean a favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad. Más adelante, Cicerón propone un mayor desarrollo de *la Tónica*, basándose en la disertación que se compone, a su vez de la invención y la formación del juicio por medio de los tónicos o lugares desde donde se extrae el material para la demostración. De ello se derivan una serie de catálogos de tónicos que se distinguen entre los ligados estrechamente con el asunto de que se trata, de los que proceden desde fuera.

Así, si Aristóteles proyecta en su "*tópika*" una teoría de la dialéctica; Cicerón proyecta en su "*tónica*" una teoría de la práctica de la argumentación.

De ahí en más, el punto más importante radica en la afirmación que la *Tónica* es una técnica de pensamiento que se orienta al problema, conforme lo cual ante la presencia de aporías, es decir, de problemas sin solución o aparentemente sin solución, debe actuar esta técnica cuya tarea es aportar datos para una solución, siendo por ello una técnica del pensamiento problemático. Un "problema" es toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere un entendimiento preliminar. De esta forma si colocamos el acento en el Sistema, el problema se agrupa en éste, el que dirá que hay problemas solubles y problemas insolubles. En cambio si en vez de ello, colocamos el acento en el Problema, éste buscará un sistema para ser solucionado.

⁸ VIEHWEG, Theodor: *Topik und Jurisprudenz*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1963. Existe edición traducida al español, *Tónica y Jurisprudencia* (Luis Díez-Picazo), Taurus, Madrid (España), 1964.

⁹ Cfr. VIEHWEG: (n. 8), pp. 25 - 29.

Así, es posible caracterizar el *Pensar Sistemático*, como aquel que procede desde el todo, siendo lo que principalmente debe ser tenido en consideración para solucionar un problema. Por su parte el *Pensar Tópico*, es aquel que procede en una tónica de primer grado utilizando puntos de vista ocasionales que llevan a consecuencias –respuestas–; y en una tónica de segundo grado utilizando repertorios o catálogos de puntos de vista para obtener las respuestas. Este catálogo de tópicos sirve para la solución de problemas por discusión, posibilidades de discusión e hilos conductores de pensamiento.

De esta forma la *Tópica* o *Ars Inveniendi*, es un procedimiento o técnica problemática de búsqueda de premisas; está conformado por un catálogo de tópicos –que debe ser elástico–, y ello se proyecta cuando la *tópica* puede actuar también por medio de la interpretación, que es un medio de la tónica puesto allí como base de nuevos puntos de vista y de nuevas conexiones; y, finalmente, la premisa es la *ultima ratio de la tónica*, en tanto ella se fija y no se discute su veracidad a la luz del problema¹⁰.

Luego, avanzando en el desarrollo histórico del Derecho, constituye ejemplo del desarrollo de la Ciencia del Derecho donde se aplica el pensar tónico, el *Ius Civile*, cuya concretización se debe al Derecho Romano. Ello es así, toda vez que una característica de la *tópica* consiste en basar su desarrollo en la presentación y solución de problemas; y, en cambio, característica de la *sistemática* consiste en basar su desarrollo en el análisis jurídico-conceptual. Entonces, en ese sentido el desarrollo del *ius civile* según Viehweg constituye una gran desilusión para el pensamiento sistemático, pues su casuística es propia del pensamiento problemático; ello es así, pues lo que se hacía a este respecto era una incesante búsqueda de soluciones tónicas por medio de la presentación de puntos de vista probados e inventivos, conforme los cuales se obtenía la solución del caso, en cuya virtud la solución de problemas por medio de la técnica problemática permite el desarrollo de puntos de vista inventivos de soluciones, resultando ser el Derecho no algo simplemente dado, sino que por sobre todo *construible*.

Por ello, el desarrollo del *ius civile* se basa en la sistematización de proposiciones y conceptos fijados a partir del pensamiento problemático. Para ello la tónica entrega un catálogo de puntos de vista inventivos de soluciones, que generan proposiciones directas en este campo. De esta forma, las proposiciones desarrolladas a través de los catálogos tónicos se justifican dialécticamente por medio de la aceptación general; y por ello, el *ius civile* aparece construido tópicamente, o sea, creado por la reflexión racional¹¹. Luego, el *Mos Italicus* –cuyo máximo representante es Bartolo de Sassoferrato–, utiliza el esquema del pensamiento tónico para su desarrollo, de forma tal que en los preglosadores, glosadores y postglosadores, el único tipo de pensamiento para enfrentar los problemas es el tónico-retórico. Así, la *Tópica* tuvo una importancia estructural muy grande para este pensamiento y para el pensamiento en general, surgiendo

¹⁰ Cfr. VIEHWEG: (n. 8), pp. 49 – 64.

¹¹ Cfr. VIEHWEG: (n. 8), pp. 67 – 83.

por ello la necesidad de darle una forma práctica, lo que se consiguió a través de esquemas propuestos por Bartolo y luego por Tomás de Aquino. Más adelante, Gribaldus Mopha avanza notablemente en este sentido al proponer al *mos italicus* ocho puntos como esquema tópico de análisis, fijando y distinguiendo al efecto: 1) las características introductorias; 2) la división de ideas; 3) la síntesis de ideas; 4) la presentación del caso; 5) la lectura de texto e interpretación; 6) la fundamentación de la solución; 7) la observación de reglas generales; y 8) las réplicas y controversias.

Lo medular y lo que se proyecta en el tiempo, se encuentra en la discusión de problemas para la Tópica, y a partir de allí la elaboración de Catálogos Tópicos que permitan la solución de problemas, que en una versión restringida se dirige a los *loci ordinari* de la Ciencia del Derecho que pasan a constituir el pozo de todo el saber especializado; los que luego se legitiman por la consideración o la autoridad –en el sentido de *auctoritas*–, que ganan¹², y que del posterior desarrollo de la construcción expuesta, es posible afirmar que el análisis de la ciencia en general, se puede hacer por medio del método deductivo o del método problemático; y ello tiene una proyección en la Ciencia del Derecho.

B) EL SISTEMA JURÍDICO EXTERNO

El *Sistema Externo* fue así llamado por Karl Larenz¹³, y lo conceptúa como un sistema de conceptos generales abstractos formado según las reglas de la lógica formal, que se basa en la separación y en la generalización de los supuestos de hecho que son objeto de la regulación jurídica, elementos que forman conceptos genéricos a los que por subsunción puede darse a toda cuestión jurídica un respuesta.

Los críticos de este sistema, fundamentan las mismas en la pretensión de completitud y unidad lógica que encierra dicha idea, y en que la idea que la idoneidad de su construcción pasa por la solución de la cosa; pero por sobre todo en la insuficiencia del sistema en dar soluciones específicas, y en que la función del concepto abstracto para esta ciencia no tiene que ver sólo con una descripción y ordenación, sino que también con la valoración.

Los “conceptos abstractos” son materiales pertenecientes al Sistema Externo.

Este *Sistema Externo*, está formado por notas distintivas que son desprendidas de los objetos en que aparecen; y en su generalización posterior, son aisladas respecto de los objetos. Bajo tal concepto, entonces, se pueden subsumir todos los objetos que presenten las notas distintivas recogidas en la definición del concepto.

¹² Cfr. VIEHWEG: (n. 8), pp. 87 - 102.

¹³ Cfr. LARENZ: (n. 7), pp. 437 y siguientes.

El fin y la utilidad práctica de la formación de conceptos radica en que la ley tiene la misión de clasificar una enorme cantidad de hechos y, para llevar adelante esa misión –la elaboración de conceptos abstractos–, subsumen los hechos regulables, las consecuencias jurídicas, y los contenidos regulativos enlazados a esos hechos.

Este *sistema externo*, sin embargo de su pretendida estructura lógico-formal, presenta importantes problemas derivados de: 1) la yuxtaposición de preceptos generales a los especiales; 2) de la falta de completitud de este; y 3) de su escasa adecuación a la realidad.

En este sentido Squella, así lo reconoce, al decir que las características de coherencia y sistematicidad que se predicen comúnmente del ordenamiento jurídico son propiedades del sistema jurídico; ello pues un conjunto de normas no es necesariamente coherente ni sistemático, pero sí debe serlo el conjunto de proposiciones de carácter cognoscitivo que reconstruyen y explican este conjunto de normas con vistas a su difusión y mejor aplicación a los casos prácticos de la vida social¹⁴.

Por ello resulta con mayor razón la afirmación que hace Larenz, en el sentido que los sucesos de la vida con relevancia jurídica no adquieren una respuesta satisfactoria de este Sistema, y ello porque los sucesos de la vida no presentan límites rígidos; porque la vida produce constantemente nuevas formaciones; y porque la ley misma no siempre tiene el grado de exactitud que requiere una definición conceptual¹⁵.

Ello se reafirma con las ideas que expone Luhmann, que –aunque sostiene en general una posición diversa de la que se expone–, acierta cuando señala que “tradicionalmente se entiende y considera al sistema como un medio de orden y clasificación, y de este modo, como medio para asegurar y fundamentar los conocimientos, pero no sin más la realidad”¹⁶.

De lo anterior se colige que *según la concepción sistemática del Derecho* –que se desarrolla abstracto-conceptualmente–, cuanto mayor sea la extensión del concepto por medio del cual se aprehende el fenómeno jurídico, tanto menor es el contenido. Luego, para su perfección sólo permite dos conceptos derivados que actúen en antítesis.

Y de este modo finalmente, lo que se consigue es vaciar de contenido al concepto, contenido que dice relación con los elementos del fenómeno jurídico como las pautas de valoración y los principios jurídicos, elementos ineludibles e indispensables para entender el Derecho.

En este sentido queda claramente demostrado que la concepción abstracto conceptual, de tipo reduccionista y formal, resulta a fin de cuentas, insuficiente

¹⁴ SQUELLA NARDUCCI, Agustín: *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 313 y 314.

¹⁵ Cf. LARENZ: (n. 7), p. 442.

¹⁶ LUHMANN, Niklas: *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (España), 1983, p. 17.

para comprender, aprehender y explicar el fenómeno jurídico en su complejidad y completitud.

II.- LA FORMACIÓN DEL SISTEMA DEL DERECHO

Conforme lo anterior, es necesario llenar de contenido la explicación que se da acerca del Derecho, pues se vio y demostró la insuficiencia de la explicación abstracto-conceptual.

El *Método Deductivo* persigue colocar en orden lógico los conceptos y proposiciones de una ciencia por medio de una sistematización del catálogo de tópicos jurídicos. La sistematización, a su vez, se expresa en la utilización del método axiomático o de ordenamiento lógico. En ese sentido, su objeto se estructura a partir de un Sistema, que persigue encontrar las reglas encabezadoras, y luego las demás reglas que puedan reconducirse, o -dicho de otro modo-, que desde reglas generales puedan deducirse las reglas específicas que deberán reconducir el análisis del caso, y cumplido esto se produciría la integridad del axioma, y la compatibilidad con otros axiomas. Y lo mismo ocurre con los conceptos, los que a partir de la fijación de su significado generarían una cadena de conceptos definidos y deducidos a partir del primero; y con ello se produciría la sistematización del Derecho.

Este modo de pensar, al aplicarlo Larenz a la Ciencia del Derecho, lo describe como un sistema de conceptos generales abstractos formado según las reglas de la lógica formal, que se basa, a su vez, en la separación y en la generalización de los supuestos de hecho que son objeto de la regulación jurídica, los cuales elementos forman conceptos genéricos, conforme a los que por medio de la subsunción puede darse a toda cuestión jurídica un respuesta.

Este sistema, sin embargo de su pretendida estructura lógico-formal, presenta importantes problemas derivados de la yuxtaposición de preceptos generales a los especiales; de la falta de completitud de este; y de su escasa adecuación a la realidad¹⁷.

A) UN CAMBIO EN LA PERSPECTIVA

Resulta acertada la afirmación posterior de Larenz¹⁸, ahora en el sentido que los sucesos de la vida con relevancia jurídica no adquieren una respuesta satisfactoria por medio de este pensar sistemático; y ello porque los sucesos de la vida no presentan límites rígidos; porque la vida produce constantemente nuevas formaciones; y porque la ley misma no siempre tiene el grado de exactitud que requiere una definición conceptual. En este sentido, queda claramente demostrado que la concepción abstracto conceptual, de tipo reduccionista y formal, resulta a

¹⁷ Cfr. LARENZ: (n. 7), pp. 437 - 439.

¹⁸ Cfr. LARENZ: (n. 7), pp. 442.

fin de cuentas, insuficiente para comprender, aprehender y explicar el fenómeno jurídico en su complejidad y completitud. Podría agregarse que el modo de pensar sistemático, dadas las características señaladas resulta insuficiente para comprender, aprehender y explicar la realidad completa del Derecho en toda su complejidad.

Las consecuencias del sistema propuesto, consisten en que, en relación a los conceptos se persigue una atribución de significado único, para lo cual hay que reproducir el concepto y su significante con la ayuda del cálculo. El cálculo debería dar la combinatoria que comienza con posiciones y fórmulas iniciales, que permiten llegar a posiciones o fórmulas de acuerdo a preceptos operativos y fijos. De ello, deriva un sistema de axiomas alejado de la realidad, caracterizado por ser puro formalismo.

Ante ello *la Tópica* se presenta perteneciente a la realidad, pues la reproduce más fielmente por medio del método problemático de análisis de la realidad. Y ello ocurre así, pues el tejido jurídico total no es un sistema en sentido lógico, sino más bien una indefinida pluralidad de sistemas, de cuya existencia se generan colisiones lo que hace necesario un instrumento que las elimine, y este instrumento es *la interpretación*, que está encargada de configurar “concordancias aceptables”. La interpretación de este modo, es un medio de la tónica puesto por ella para verificar puntos de vista y conexiones.

De esta forma, del *Sistema Jurídico Lógico* no queda casi nada, pues un sistema lógico deductivo aparece como inadecuado ante la tónica, para dar una solución a los problemas que plantea la Ciencia Jurídica.

Así, la construcción científica del Derecho no pasa por su sistematización a través del sistema lógico deductivo, sino que pasa por su construcción tónica. Esto ocurre así, porque la construcción sistémica del Derecho supone su sistematización, es decir, la conformación de un sistema lógico deductivo o axiomático, configurando una negación a la labor desarrollada por la interpretación, salvo en dirección hacia dentro del sistema jurídico, y de este modo un legislador que trabaje para la solución de casos solubles a la luz de la hermética carcasa sistemática; todo lo cual deriva en un Derecho alejado de la realidad. Y, sin embargo, la elección de los axiomas del Derecho, con proposiciones nucleares a partir del cual se sistematizaría, continuaría siendo arbitraria (por la elección de uno y no de otro), y las operaciones destinadas a elegir uno y otro para la solución de un problema, inevitablemente tónicas.

De esta forma, colocado el acento en el problema correctamente formulado, éste se inserta para dar solución en un contexto dado, o sea, un sistema previamente estructurado -no en el sentido omnicompreensivo, conforme el cual a partir del sistema opera una selección de problemas-, del que se obtiene la respuesta¹⁹. En este sentido, es posible afirmar, luego, que la idea del Derecho a la que se opone Viehweg, es a la idea conforme la cual se lo identifica con una

¹⁹ Cf: GARCÍA AMADO, Juan Antonio: *Teorías de la Tópica Jurídica*, Civitas, Madrid (España), 1988, p. 139 - 140.

sistema lógico-deductivo o axiomático; y esto ocurre porque dicha fórmula no es efectiva para enfrentar la realidad. Supone, en efecto, que cada rama jurídica debería regirse bajo unos axiomas y conceptos unitarios fundamentales, debiendo ocurrir lo mismo respecto del Derecho en general, lo que no se ha dado nunca, porque no es posible que se de un sistema perfecto, y si se pretendiera eso, el sistema lógico-deductivo axiomático debe cumplir a lo menos los siguientes requisitos: “una estricta axiomatización del material jurídico; la rigurosa prohibición de interpretación dentro del sistema, lo cual se logra mediante la introducción del cálculo; preceptos que fijen la interpretación de los hechos, de modo que se oriente únicamente hacia el sistema jurídico; plena admisibilidad de la decisión de *non-liquet* o abstención de juzgar, e intervención continuada del legislador, actuando con precisión sistemática, para regular los nuevos casos sobrevenidos”²⁰, lo que a la luz de esos supuestos se hace imposible en la realidad.

En fin, frente a la Ciencia del Derecho axiomatizada, existe una Ciencia del Derecho que utiliza el método problemático y no sistemático, siendo éste un recurso purificador y clarificador de esta ciencia²¹.

No obstante lo expuesto, existe una vinculación positiva de la *tópica* con otra clase de *sistemas*. Fundamentalmente, este es el caso del *Sistema Didáctico*, o sea, un sistema que cumple una función investigadora y didáctica, que realiza una ordenación del material jurídico con el propósito de obtener y ofrecer una perspectiva global y adecuada del ordenamiento jurídico, cuya finalidad es puramente expositiva y ordenadora. Lo expuesto precedentemente, hace fuerte la afirmación que la *tópica*, como técnica de pensamiento problemático, se funda en el problema, entendido como toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere un entendimiento preliminar; y los problemas -dado que surgen, cambian y se renuevan dinámica y constantemente-, no se pueden incorporar de modo estable y definitivo a un sistema deductivo de reglas²². Luego, el Derecho tiende a especificar sus puntos de vista, y éstos son *tópicos* que permiten la reedificación y ampliación del Derecho en la legislación y en la interpretación por dichos medios, o sea, los de la *tópica*. Por ello, como técnica de pensamiento de problemas a los cuales se orienta la Ciencia del Derecho, es que resulta tan fundamental la especificación de los *topoi*, más allá de su mera descripción como puntos de vista o reglas directivas.

Todo lo anterior, permite afirmar que la primacía del problema influye en la técnica a adoptar, y en ese sentido la técnica problemática o tónica permite la movilidad. Así, si la Ciencia del Derecho concibe su tarea como la búsqueda de lo justo dentro de un conjunto de situaciones, tiene que conservar la posibilidad de tomar una nueva posición y ser móvil en la búsqueda de ese objetivo. Dicha movilidad, por ello, se logra por medio del catálogo tónico, lo que significa un

²⁰ Ibid, p. 144.

²¹ Cfr. VIEHWEG: (n. 8), pp. 111 - 124.

²² Cfr. GARCÍA: (n. 19), pp. 145 - 150.

desarrollo de la Ciencia del Derecho conforme la configuración que le es más propia.

En efecto, si es cierto que la tónica es la técnica del pensamiento problemático, la jurisprudencia, como técnica que está al servicio de una aporía, debe corresponder con los puntos esenciales de la tónica. Esta idea se nota -como bien expone García Amado²³ - en la evolución posterior sobre la *idea de sistema* en el artículo de Viehweg de 1968, *Systemprobleme in Rechtsdogmatik una Rechtsforschung*; que mas bien constituye una ampliación de su pensamiento original.

En efecto, se da por sentada la idea que el ordenamiento jurídico es un solo todo, y así debe ser entendido al aplicar las leyes o los precedentes, e igualmente al legislar; con lo cual el jurista práctico debe centrar su tarea en la comprensión de su ordenamiento jurídico. Luego, este ordenamiento jurídico es posible ser abordado desde dos clases de enfoques.

En el primero, el *sistema* desde el enfoque funcional, sería aquel que se desarrolla con función dogmática y con función investigadora. A su vez, el sistema funcional “con función dogmática” está constituido por la dogmática jurídica, cuya función es dar respuesta a los problemas a partir de ciertos argumentos de base estimados inamovibles. El sistema funcional “con función investigadora”, propio de la cetética jurídica, tiene por objeto investigar todos los elementos que conforman el Derecho, incluidos los argumentos de base o dogmas referidos más arriba. Luego, en segundo lugar, el *sistema* desde el enfoque estructural, afirma que estos sistemas pueden poseer diversas estructuras; y en tal sentido se distinguen sistemas con estructura serial, deductiva, cibernética, dialéctica en sentido contemporáneo, y dialéctica en sentido clásico; donde el *serial*, estaría constituido por una mera agregación que compone un todo; el *deductivo*, el que se constituye cuando se pueden indicar principios de los que cabe derivar todas las proposiciones jurídicas necesarias, formando un sistema cerrado; el *cibernético*, cuya idea central es la autorregulación, especialmente tenido en consideración por la sociología; el *sistema en el sentido de dialéctica contemporánea*, aquel cuya pretensión es ser omnicompreensivo del Derecho desde una determinada posición sobre la filosofía de la historia (la de Hegel); y el *sistema dialéctico en sentido clásico o sistema tónico*, el que se presenta como un sistema argumentativo orientado al problema, y por lo mismo en permanente movimiento a partir de la agrupación o conformación de catálogos tónicos como solución a cualquier problemática.

De esta forma, el *sistema tónico de solución de problemas* en lo general y en lo estrictamente jurídico, se caracteriza por: 1) una idea directiva o eje central conformada por la vinculación al problema; 2) una conformación temporal, en permanente cambio y por ello con carácter abierto; 3) un campo de operación conformado por la argumentación; 4) un objetivo, de carácter omnicompreensivo en la base del pensar dogmático e investigador; 5) cuya composición está

²³ Cfr. GARCÍA: (n. 19), pp. 150 - 155.

determinada por los topoi; y 6) una estructura conformada por estos mismos topoi y que dan sentido al total.

Con lo expuesto, *tópica* y *sistema* en sentido amplio –no el “cerrado” deductivo-, son plenamente conciliables.

Es a esta clase de pensamiento problemático al que se debe un tipo de pensamiento con conexiones sistemáticas, y a la construcción jurídica correspondiente a dicho pensamiento se debe la significación de un control racional de la solución del caso particular. Esa solución del caso particular se funda en un sistema de principios permanentes en los conglomerados de Derecho históricamente desarrollados.

Finalmente, cabe concluir que un sistema lógico-axiomático-deductivo, como es aquel que plantea la teoría clásica de la subsunción, no resulta apropiado para el *sistema del Derecho*, pues un tal sistema exige una carencia de contradicción y una completitud de los axiomas que no es posible cumplir por su intermedio.

Tampoco es apropiado el sistema abstracto-conceptual debido a que la unidad de sentido del Derecho, no es de orden lógico, sino valorativo fundado en principios.

Lo que queda, de este modo, es un *Sistema* como orden axiológico de criterios valorativos directivos, basado en principios jurídicos que constituyen la pauta abierta a concretizar, porque solo en sus concretizaciones es plenamente aprehensible.

En este mismo sentido, la *Tópica* tiene un objeto deconstructivo, y como señala García Amado, “si algo positivo muestran las consideraciones de la *tópica* jurídica sobre el sistema, es la inutilidad de afirmar un único modelo de sistema como panacea para resolver los problemas prácticos y teóricos relacionados con el Derecho”²⁴, aún cuando luego afirma que su peor defecto consiste en no aportar claridad sobre ese problema. Sin embargo, se justifica este segundo efecto, pues no es tarea de la *tópica* esclarecer la estructura del sistema del Derecho, sino que tan sólo aportar un modo de pensar con base al cual, luego de las preguntas pertinentes, intentar responderlas.

Es por ello, que la Ciencia del Derecho, que ha abandonado la concepción puramente conceptual, dirige su mirada y encuentra fundamento de sus dudas y aprehensiones en algunos destacados elementos que se encuentran en el ordenamiento jurídico, de los que se auxilia para conformar un nuevo sistema, no ya basado –a lo menos en forma exclusiva-, en la elaboración abstracto conceptual, cuya revisión arrojó su insuficiencia para describir y dar soluciones al fenómeno jurídico.

Para ello, la Ciencia del Derecho utiliza los *tipos*, que son estándares o pautas normales de comportamiento social concreto, conectados con la realidad, que se convierten o son referidos por las normas jurídicas cuando el ordenamiento jurídico se remite a ellos, y sólo en cuanto concuerdan con los principios y bases

²⁴ GARCÍA: (n. 19), p. 172.

de valoración del orden jurídico vigente. El tipo así, sirve a la Ciencia del Derecho para una caracterización más concreta de ciertas relaciones jurídicas.

Es posible afirmar luego, que existen distintas clases de tipos entre los que se encuentran los *tipo-figura*, verbi gratia, “buen padre de familia” a que refiere entre otras disposiciones el artículo 2323 del Código Civil, del cual se sirve la ley para caracterizar a un grupo de personas, dado el papel social que reviste la fijación conceptual, siendo designaciones de tipos, no conceptos, de notas distintivas dadas a una realidad concreta. Luego de la unión del tipo con los elementos empíricos y con los normativos nace en *tipo real-normativo*, para lo cual el jurista debe dirigirse a la realidad social a la que pertenece el tipo tenido en cuenta por la ley, como a los fines de la norma y para su concreción. Finalmente, junto a los tipos real-normativo, existen los *tipos jurídico-estructurales*, que deben claramente su origen al tráfico jurídico, pues no están formados bajo puntos de vista normativos, y se trata de complejos reguladores móviles, que conectados entre sí, ayudan a explicar las relaciones de vida en ellos tenidas en cuenta.

B) LA COMPLETITUD DEL SISTEMA INTERNO DEL DERECHO

Luego de haber inicialmente descrito lo que es el Ordenamiento Jurídico, y pasado revista a toda la problemática que de éste surge, pasan a tener sentido las palabras de Santi Romano cuando señala que “ante todo no será inútil apelar a la experiencia general, o mejor aún, al significado que espontáneamente recibe la expresión ordenamiento jurídico”²⁵; y ello porque al hablar de él no se piensa ahora, sólo en una serie de reglas sino en algo más dinámico y vital, resultando ser las normas su medio de actividad y no su estructura. Esto ocurre porque el Derecho es mucho más que las simples normas en que se concreta, de tal manera que la materialidad normativa, no agota la realidad jurídica, porque, además, existe la necesidad de enmarcar las normas, pues en conexión y dependencia directa con la aplicación, interpretación e integración pueden y deben realizarse dichas normas²⁶.

Luego, para aprehender la realidad jurídica, son necesarios ciertos saberes, que se buscan por medio de los *conceptos jurídicos determinados por la función*, que sirven para garantizar, dentro de un complejo regulativo determinado, la aplicación equitativa de aquellas normas en cuyo contenido están implícitas supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, conceptos generales que actúan como elementos del supuesto de hecho, tales como: culpa o dolo, buena fe, antijuridicidad.

²⁵ ROMANO, Santi: *L' Ordenamento giuridico*, Editorial Sansoni, Firenze, 1951. Existe traducción al español, *El Ordenamiento Jurídico* (Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 99 y ss.

²⁶ MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián: “La doctrina del ordenamiento Jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho Administrativo”, estudio preliminar en Santi ROMANO, (n. 25), p. 36 a 37.

En ese mismo sentido, para poder mostrar las ideas y pautas de valoración general del Derecho, o sea, describir el *sistema interno* de éste, es necesario verificar los principios jurídicos, entendidos como criterios teleológico-jurídicos de interpretación y conexión para el desarrollo del Derecho. Estos principios son pautas directivas de formación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción pueden justificar resoluciones jurídicas²⁷, de cuyas ideas directivas, pueden generarse subprincipios; y en todo caso, ambos sirven de materiales - junto a los conceptos lógico abstractos, y a los tipos jurídico-estructurales -, para el esclarecimiento en el proceso comprensivo del Derecho, lo que es una faz estrictamente hermenéutica, y que forman en su conjunto el *Sistema Interno del Derecho*.

Porque de eso se trata, de asimilar en el ordenamiento jurídico, a través del saber que éste genera, la realidad ideal que se construye por el orden normativo, y aquella a la que luego se aplica.

En efecto, los conceptos determinados por la función y los principios jurídicos remiten a aquello de que forma parte, esto es, al *Sistema Interno del Derecho*, que es como no podría afirmarse de otro modo y se comprende de todo el desarrollo realizado, un sistema de aquellos denominados “abiertos”, es decir de aquellos que no abrigan la pretensión de disponer de antemano una respuesta para toda cuestión jurídica, sino que se mantienen atentos a nuevas perspectivas problemáticas; pero, además, en el sentido que es posible generar cambios en los principios, su alcance y limitación, como en el descubrimiento o desarrollo de nuevos y más principios, producto de los cambios legislativos, nuevos conocimientos derivados desde la Ciencia del Derecho, o modificaciones en las tendencias jurisprudenciales.

Cabe en esta parte hacer referencia a las palabras de Sebastián Martín-Retortillo, expuestas en el estudio preliminar a la obra de Santi Romano, ya antes referida –destacando por cierto su actualidad-, en el sentido que reconocer y afirmar los innegables beneficios que de la obra del positivismo jurídico se han derivado, y de la que sin duda todos somos deudores, en modo alguno supone ello una defensa irrestricta de la tesis positivista, sino que es necesario a la vista de ella, reconocer y proclamar su insuficiencia, y la de todos los sistemas jurídicos estructurados en base a un orden exclusivamente normativo²⁸. Esta afirmación se funda en efecto, en la inconsistencia del orden normativo en cuanto a su valor general y totalizador; y al reconocimiento de la realidad jurídica como algo más que un simple sistema de normas.

En este mismo sentido Fernando Quintana²⁹ afirma respecto del Derecho, que a partir de una visión hermenéutica no hay un conocimiento abstracto que

²⁷ Cfr. LARENZ: (n. 7), p. 465.

²⁸ MARTÍN-RETORTILLO: (n. 26), p. 29 a 35.

²⁹ Cfr. QUINTANA BRAVO, Fernando: “Bases para la teoría de la aplicación del Derecho”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Diálogos con Norberto Bobbio y G. H. von Wright*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Edeval, Valparaíso, 1999, pp. 436.

después se concreta, sino que el conocimiento y la formación del sistema es un proceso gradual y complejo, donde para dicha construcción corresponde rescatar el carácter práctico del conocimiento jurídico.

En definitiva, como expresa Larenz³⁰ su misión es mostrar las conexiones de sentido del orden jurídico entendido como un todo, sirviendo a ello el descubrimiento de principios directivos, su concreción normativa, la formación de conceptos determinados por la función y los tipos jurídico-estructurales, los que como conocimientos específicos del saber jurídico, forman el Sistema Interno del Derecho.

CONCLUSIONES

1).- El *Sistema Jurídico*, es el conjunto ordenado de conocimientos que acerca del Derecho nos provee la ciencia jurídica a través de las llamadas reglas de Derecho o proposiciones acerca de las normas. En este sentido, la conceptualización del "sistema" en la forma señalada permite la reconstrucción científica del ordenamiento jurídico, reduciéndolo a conceptos y criterios teóricos determinados.

2).- El *sistema abstracto-conceptual* de elaboración del Sistema del Derecho, permite ubicar cada concepto en su lugar dentro del sistema, subsumiendo otros conceptos bajo ellos, y atribuyéndoles consecuencias jurídicas concretas. Sin embargo, esta construcción es insuficiente por reduccionista, pues genera conceptos puramente formales que no posibilitan ningún enunciado sobre el contenido de las normas jurídicas, ante los elementos empíricos presentes en el Derecho. Corresponde a continuación, proponer un sistema de principios jurídicos directivos, plenos de sentido y unidos entre sí, que forman un sistema que no pretende validez general y completitud. Y ello deviene de lo que se denomina una ley histórica conforme la cual en todas las culturas jurídicas se repite un ciclo que consta del descubrimiento de problemas, formación de principios y consolidación del sistema.

3).- Los reales factores que forman el Sistema del Derecho son *los principios* y no los conceptos abstractos. No se trata de renunciar en absoluto al pensamiento sistemático, sino solo de unir pensamiento problemático y pensamiento sistemático en un sistema "abierto", que, a diferencia del sistema "cerrado" no abriga la pretensión de disponer de antemano una respuesta para toda cuestión jurídica, sino que se mantenga abierta a nuevas perspectivas problemáticas.

4).- Los conceptos determinados por la función y los principios jurídicos remiten a aquello de que forma parte, y eso es el Sistema Interno del Derecho, que es, como no podría afirmarse de otro modo y se comprende de todo el desarrollo realizado, un sistema de aquellos denominados "abiertos", es decir de aquellos que

³⁰ Cfr. LARENZ: (n. 7), p. 478 a 482.

no abrigan la pretensión de disponer de antemano una respuesta para toda cuestión jurídica, sino que se mantienen atentos a nuevas perspectivas problemáticas.

Esta afirmación se funda en efecto, en la inconsistencia del orden normativo en cuanto a su valor general y totalizador; y al reconocimiento de la realidad jurídica como algo más que un simple sistema de normas, su misión es mostrar las conexiones de sentido del orden jurídico entendido como un todo, sirviendo a ello, el descubrimiento de principios directivos, su concreción normativa, la formación de conceptos determinados por la función y los tipos jurídico-estructurales, los que como conocimientos específicos del saber jurídico, forman el Sistema Interno del Derecho.