

NOCIONES BÁSICAS DE DERECHO

María Clara Güida

I. INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Dar cuenta de lo que es el DERECHO presenta un problema inicial: la dificultad para definirlo con exactitud. Dicha dificultad se debe a la adhesión a una cierta concepción sobre la relación existente entre el *lenguaje* y la *realidad*.

En el pensamiento jurídico aún tiene cierta vigencia la **concepción platónica** del lenguaje, según la cual los conceptos evidencian una presunta esencia de las cosas que permite reconocerlas como tal y nombrarlas, por lo cual habría una definición válida para cada palabra. Es decir, las palabras constituyen vehículos de los conceptos y ésta es una conexión necesaria que sólo los hombres pueden reconocer.

Por otro lado, la **concepción convencionalista** considera que la relación entre las palabras y las cosas es producto de una convención, por lo cual sería una construcción arbitraria de los hombres, basada en criterios de utilidad teórica y conveniencia.

El pasaje de una concepción a otra y la posterior invención del uso de la palabra DERECHO en el lenguaje cotidiano y en el de los juristas no garantizan una clara caracterización del concepto. En suma, la dificultad para definir lo que es el DERECHO radica en la *ambigüedad* -constituida por el hecho de tener varios significados relacionados entre sí-, en la *vaguedad* -pues no es posible enunciar, teniendo en cuenta el uso ordinario, propiedades que deben estar presentes en todos los casos en que la palabra se usa- y en la *carga emotiva* -que perjudica su sentido cognoscitivo, pues se utiliza con un significado emotivo favorable que provoca una gran imprecisión en el campo de referencia de la expresión- que caracterizan a dicha noción. En efecto, la misma refiere:

1) desde un punto de vista *objetivo*, a un conjunto o sistema de normas coercitivamente impuestas por el Estado y que rigen la convivencia social (Ej.: “El derecho prevé la pena de 10 años de prisión para el delito X”);

2) desde un punto de vista *subjetivo*, a los sujetos y las facultades o permisos que a ellos corresponden, es decir que remite a un interés jurídicamente protegido (Ej.: “Tengo derecho a vestirme como deseo”);

3) desde el punto de vista de su *estudio*, a la ciencia jurídica, que tiene por objeto de investigación el derecho en sus dos sentidos anteriores (Ej.: “El derecho es una disciplina...”).

En tanto sistema de normas que regulan la conducta humana, el DERECHO se caracteriza fundamentalmente por ser, al mismo tiempo *bilateral*, *heterónomo* o *externo* y *coercible*. Esto se debe a que, en primer lugar, lo que se reglamentan son las conductas de los individuos con relación a otros; en segundo lugar, quien lo impone es el Estado y; finalmente, su incumplimiento trae aparejada una determinada sanción. Estas características permiten, asimismo, diferenciar al DERECHO de la *moral*, que es *unilateral*, *autónoma* e *incoercible*.

El DERECHO¹ se caracteriza por su *unidad*, pero comprende varias *ramas* que se relacionan íntimamente entre sí. Dichas ramas se conocen generalmente como “*divisiones del derecho*”:

- **Derecho interno:** se aplica en una nación y constituye el “*conjunto de reglas que rigen las relaciones de los individuos que habitan un país determinado, ya se trate de relaciones de los individuos entre sí, ya de relaciones con el Estado*”². Su cumplimiento se encuentra garantizado por el poder público³.
- **Derecho internacional:** constituye el “*conjunto de reglas que rigen las relaciones entre diferentes Estados o entre individuos de varios Estados*”⁴. No existe autoridad superior alguna que garantice su cumplimiento y lo imponga a todos los Estados⁵.

Ambos tipos de derecho admiten la antigua división romana entre **Derecho público**, que refiere al estado de la cosa pública y **Derecho privado**, el cual corresponde a la utilidad de los particulares. Sin embargo, esta división no es descriptiva de su objeto, pues no lo aprehende en su plenitud ni constituye un concepto clasificatorio. Es una idea regulativa que permite contemplar las relaciones jurídicas.

II. FUENTES DEL DERECHO

La noción de **fuentes del derecho** alude, al mismo tiempo, al sitio donde nace el derecho y a la forma en que el mismo se origina. Es decir que abarca dos sentidos fundamentales:

¹ Con el objetivo de evitar confusiones, se utiliza la palabra DERECHO (a secas) para denotar el **ordenamiento jurídico**.

² LUBERTINO, María José, “Introducción al análisis del Derecho” en *Principios Generales del Derecho Latino-Americano. Módulo I*. Buenos Aires, 2007. Pág. 69.

³ En nuestro país -a diferencia de los países anglosajones que poseen un *derecho no codificado* y se manejan con la **Common Law**- se trata de un *derecho codificado* no sólo por la Constitución Nacional, sino también por las leyes y los distintos Códigos (Civil, Penal, Comercial, etc).

⁴ LUBERTINO, María José. *Op. Cit.* Pág. 69.

⁵ Sin embargo, las Cortes Internacionales son las encargadas de velar en aquellos casos que traspasan la índole nacional, pudiendo dictar fallos al respecto, cuyo cumplimiento no es facultativo sino obligatorio para las partes.

1) *sentido material*: circunstancias previas que conducen al nacimiento de una norma. Son normalmente varias y actúan de modo coincidente para generar una norma jurídica.

2) *sentido formal*: formas en que la norma se nos presenta. De acuerdo con este aspecto externo de las normas, las mismas se clasifican en *ley*, *costumbre*, *jurisprudencia*, *doctrina*, *principios generales del derecho*, *fallo plenario* y *otras fuentes*:

A. Ley

En sentido *amplio* o *material*, refiere a las normas jurídicas que regulan conductas generales⁶, no limitadas a un caso único o concreto (leyes sancionadas por el Congreso, decretos del Poder Ejecutivo, ordenanzas municipales, edictos policiales, etc.).

En sentido más *restringido* o *formal*, refiere a las disposiciones emanadas de los órganos legislativos de una comunidad, de acuerdo con el procedimiento que la Constitución de dicha comunidad estipula (normas sancionadas por el Congreso Nacional o por las legislaturas provinciales, una vez cumplido el requisito de su publicación oficial, dentro del esquema constitucional).

La ley es una fuente del derecho debido a que de su contenido se pueden extraer normas de conducta que llevan el peso coercitivo de la comunidad, a través de sus órganos legisladores.

B. Costumbre

Constituye la fuente originaria más antigua del derecho y nace de la repetición social, más o menos constante, de actos uniformes. En este sentido, se la define como una conducta reiterada que se caracteriza por poseer, al mismo tiempo, un elemento *externo* -ser observable y generalizada- y un elemento *interno* -antigüedad y convicción de que se trata de una conducta obligatoria.

Por sus características, la costumbre se diferencia del *hábito* o *uso social*, en tanto éste constituye una conducta reiterada pero llevada a cabo por cuestiones morales, de educación o conveniencia.

La costumbre puede adquirir dos formas: *consuetuda*, cuando es creadora de derecho y *desuetuda*, cuando es derogatoria de derecho.

Asimismo, la relación de la *costumbre* con la *ley* puede darse de las siguientes maneras:

⁶ A diferencia las leyes, que poseen un carácter general, las **sentencias** versan sobre particulares.

- a) *Costumbre según la ley*: cuando una costumbre es fuente de una norma coincidente con otra que surge de una ley (Ej.: la costumbre de las amas de casa con puerta a la calle de barrer la vereda todas las mañanas suele ser coincidente con la conducta prescripta por las leyes, en el caso de las ordenanzas municipales).
- b) *Ley según la costumbre*: cuando la ley norma una conducta ya generalizada (Ej.: es el caso de muchas normas relativas a la conducción de automóviles, que originalmente sólo eran costumbres).
- c) *Costumbre más allá de la ley*: cuando una costumbre regla conductas no normadas por la ley vigente (Ej.: levantar una mano con el brazo estirado de modo oblicuo para indicarle al chofer de un colectivo o taxi que debe detenerse).
- d) *Costumbre en contra de ley*: cuando una conducta es normada al mismo tiempo por una ley y una costumbre, pero con diferente contenido en uno y otro caso (Ej.: de acuerdo con las normas vigentes, los colectivos sólo deben ponerse en marcha cuando se han vendido todos los boletos. Sin embargo, la costumbre indica que el chofer puede poner en marcha el vehículo una vez que han ascendido todos los pasajeros, aunque los boletos se adquieran después).

*** Tanto la LEY como la COSTUMBRE son fuentes del derecho reales en nuestro país: la ley debido a que se encuentra escrita y, sobre ello, no hay discusión alguna y; la costumbre debido a que antiguamente era la única fuente de derecho, en base a la cual se fue normando la ley. Respecto de esta última, el Artículo 17 de nuestro Código Civil sostiene que “los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente”.**

C. Jurisprudencia

Antiguamente refería a la “prudencia o sabiduría de los jueces”, es decir, al conocimiento del derecho en tanto “derecho ciencia”. Actualmente sólo refiere a las decisiones judiciales (expresen o no sabiduría): la resolución de un fallo particular que posee carácter de ley⁷.

La jurisprudencia suele ser fuente de derecho, pues de cada sentencia se extraen una o más formas concretas que se aplicarán a la conducta de los interesados en el conflicto o en el caso resuelto.

D. Doctrina

⁷ Para el derecho anglosajón que, a diferencia de nuestro sistema continental, no se encuentra codificado, la jurisprudencia implica “precedentes”. Por este mecanismo, se busca asemejar casos iguales al que se está tratando, en pos de dar una resolución al conflicto.

Responde en cierta medida a lo que los antiguos romanos llamaban “jurisprudencia” y constituye la expresión del derecho-ciencia. La integran los desarrollos, las opiniones, los debates, las investigaciones de los juristas, etc.; y se encuentra objetivada en tratados, conferencias, congresos científicos y paneles de discusión.

Su finalidad puede ser *normativa*, en la medida en que su autor busque influir sobre el derecho-fenómeno para modificarlo o; *didáctico-científica*, cuando lo que se busca es mejorar la enseñanza o profundizar el conocimiento.

*** La JURISPRUDENCIA y la DOCTRINA constituyen un álgido punto de discusión, pues hay quienes consideran que ninguna de las dos son fuente de derecho. Esto se debe a que ser fuente implica “crear”, es decir “crear derecho” y lo cierto es que ninguna de las dos lo hace. En cuanto a la JURISPRUDENCIA, es menester señalar que la misma constituye la principal fuente de derecho en los países anglosajones, los cuales se manejan con base en la Common Law. Además de poseer una Constitución Nacional que rige los aspectos fundamentales de la convivencia, las restantes normas son creadas por los jueces mediante sus sentencias⁸. En nuestro país, las críticas respecto de la DOCTRINA como fuente de derecho derivan del hecho de que se considera que la misma tan sólo permite “interpretar” las leyes, las costumbres, los fallos emitidos por los jueces, entre otras cosas. En otras palabras, en nuestro país se considera que la importancia de las fuentes del derecho es su obligatoriedad “*erga omnes*” (para todos) y eso se da únicamente con la LEY y la COSTUMBRE.**

E. Principios generales del derecho

De acuerdo con el Artículo 16° del Código Civil, “*si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*”.

Este precepto indica al juez qué elementos debe tomar en cuenta para resolver los litigios que se le presentan, colocando en un lugar destacado dichos principios pues, en tanto pueden ser utilizados por el juez en pos de resolver una cuestión, son base de normas jurídicas y es importante saber cuáles son.

⁸ En nuestro país existe un fallo muy conocido y altamente criticado: **Sejean c/ Zacks de Sejean s/ Indisolubilidad del vínculo matrimonial** del 27 de noviembre de 1986, que fue el primero y único en donde la jurisprudencia precedió a la ley. La relevancia del mismo deriva de que al haber sido sancionado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, funcionó como mecanismo de presión para que el Congreso de la Nación modificara por Ley N° 23.515 del 8 de julio de 1987 el Código Civil, en lo relacionado al matrimonio luego del divorcio -el cual estaba prohibido hasta ese entonces-.

Estos principios no suelen aparecer en las normas, sino que obraron en la motivación de los hombres que hicieron esas normas. Observando la norma, podemos conocer el principio.

F. Fallo plenario

Posee un papel relevante cuando dos salas de una misma Cámara dictan fallos contradictorios. El **fallo plenario** constituye una sentencia dictada por todos los miembros de la Cámara “en pleno” y su dictamen es de acatamiento obligatorio para todas las salas de la Cámara y de los Juzgados del fuero⁹.

G. Otras fuentes

a) **Fueros**: cuerpos normativos de gran importancia durante la época de la reconquista española, con principios generales que surgían del acuerdo de los habitantes o de la voluntad de crear derecho de algún terrateniente o del rey.

b) **Reales cédulas**: cartas emanadas del rey o de algún órgano de gobierno que tuviese autorización para utilizar el sello real, dirigidas a las autoridades americanas, durante el período indiano, con sentido normativo.

c) **Mito**: en algunas culturas se utilizaba como fuente del derecho (Ej.: el mito de los lobos marinos entre los indios onas).

d) **Actos administrativos**: resoluciones dadas por los funcionarios de la Administración Pública para casos concretos (Ej.: nombramientos).

e) **Contratos**: acuerdos entre varias personas con relevancia jurídica. Su poder normativo emana de la ley, que lo hace obligatorio y fija límites. El Artículo 1.197º del Código Civil sostiene que “*las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma*”.

III. LAS NORMAS JURÍDICAS

De acuerdo con **Carlos Nino**, “*es una perogrullada decir que las **normas jurídicas** son una especie de la clase general de las **normas** y que las normas son un caso del uso prescriptivo del*

⁹ En cuanto a su relevancia como fuente del derecho corresponde remitirse a lo anteriormente explicitado respecto de la **jurisprudencia**.

lenguaje”¹⁰. Sin embargo, el autor considera que esta definición, a pesar de no ser absolutamente cierta, constituye un buen punto de partida para la caracterización de las *normas jurídicas*, en tanto permite ubicarlas en un marco contextual.

De acuerdo con **Hans Kelsen**¹¹, las *normas jurídicas* son juicios del “deber ser”, de carácter directivo y que sirven para interpretar los actos de voluntad debido a que expresan su sentido objetivo. Para que estas normas sean válidas deben haber sido formuladas por alguien autorizado a hacerlo por otra norma que, a su vez, sea válida.

Según este autor, existen diferentes clases de normas:

- *Catagóricas* (sentencias judiciales) / *Hipotéticas* (leyes): de acuerdo a si la ejecución del acto coercitivo está o no supeditado a alguna condición.
- *Particulares* / *Generales*: de acuerdo al tema sobre el que versen y al alcance de las mismas.
- *Primarias* / *Secundarias*: las primeras constituyen normas jurídicas “genuinas”, que comprenden un *simple deber ser*, de las cuales derivan las segundas, que comprenden un *deber jurídico*.

A diferencia de **Kelsen**, **Herbert Hart**¹² sostiene que las normas jurídicas no pueden distinguirse de otras clases de normas por su contenido y estructura, considerando a la norma en forma aislada, sino por su pertenencia a un sistema jurídico. Es decir que, de acuerdo a esta concepción, una *norma jurídica* es una *regla* que pertenece a *sistema jurídico*. Consecuentemente, dichas normas se clasifican en:

- *Primarias*: imponen obligaciones
- *Secundarias*: referidas a las normas primarias. Son de tres tipos: 1) *de reconocimiento*: establecen criterios de identificación del derecho; 2) *de cambio*: confieren potestades a funcionarios y particulares para crear reglas primarias que otorgan derechos y obligaciones y; 3) *de adjudicación*: indican las condiciones para que alguien sea juez, los procedimientos a seguir para adoptar decisiones judiciales y el alcance de dichas decisiones.

¹⁰ NINO, Carlos Santiago, “El concepto de norma jurídica” en *Introducción al análisis del derecho*. En LUBERTINO, María José, *Op. Cit.* Pág. 31.

¹¹ Jurista, filósofo y político austriaco, **Hans Kelsen** defendió una visión positivista del derecho, conocida como **Teoría Pura del Derecho**. Esta teoría constituye un análisis del derecho como un fenómeno autónomo de consideraciones ideológicas o morales, del cual excluyó cualquier idea de derecho natural.

¹² De origen británico, **Herbert Hart** es uno de los filósofos del derecho más importantes del siglo XX.

En suma, las normas son “descripciones de una conducta”. Una norma describe una conducta prohibida por la comunidad donde la misma rige o querida por ella. Toda norma responde a un sistema normativo al cual pertenece (Ej.: las normas de la moda, o las normas religiosas, éticas o morales, entre otras).

Ahora bien, ¿cómo distinguir una norma jurídica de una norma de cualquier sistema normativo? Una norma será jurídica cuando su violación acarree la aplicación de una sanción por parte del Estado en el monopolio del uso legítimo de la fuerza.

Las normas pertenecientes a otros sistemas normativos podrán tener una sanción, pero siempre dentro del mismo sistema al que ella pertenece, pero no serán sanciones aplicadas por el Estado en ejercicio del monopolio del uso legítimo de la fuerza. La violación a una norma de la moda o a una norma de las “buenas costumbres” tendrá como sanción el repudio social¹³.

IV. SISTEMA u ORDEN JURÍDICO

De acuerdo con **Kelsen**, “*un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas*”¹⁴, sino que posee una estructura jerárquica donde de la norma fundamental depende la validez del orden jurídico en su conjunto. Partiendo del supuesto de que la **norma fundamental**¹⁵ es válida, todo el sistema jurídico a ella subordinado también lo es.

Un **orden jurídico** constituye un sistema dinámico de normas que, según **María Angélica Gelli**, da cuenta de la “*compleja y variada organización del Estado y la sociedad, determinada por una serie de mecanismos y engranajes en las relaciones de autoridad*”¹⁶.

Fundamentalmente, un **sistema jurídico** se caracteriza por ser coherente, completo, económico y operativo. Sin embargo, como veremos más adelante, los **defectos lógicos** que dichos sistemas poseen muchas veces traen aparejados problemas de interpretación de los textos jurídicos.

1. Rasgos distintivos

¹³ La violación de una norma de la religión católica por parte de un miembro de dicha iglesia, podrá derivar en la aplicación de una sanción del mismo tipo, por ejemplo la “excomuni3n” o la negaci3n del sacramento, pero no una sanción por parte del Estado.

¹⁴ Para este autor, “*hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creaci3n -y en consecuencia la validez- de una norma está determinada por otra norma, cuya creaci3n, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto*”. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducci3n a la ciencia jurídica*. Conf. Traducci3n de Moisés Nilve, EUDEBA, Buenos Aires, 1960. Pág. 147.

¹⁵ Según **Kelsen**, la **norma fundamental** no es una norma dictada por un legislador humano o divino, sino que se trata de un presupuesto epistemológico (o hipótesis de trabajo) que los juristas utilizan implícitamente en sus elaboraciones. En este sentido, dicha **norma fundamental** es la *regla* según la cual son creadas las normas jurídicas.

¹⁶ GELLI, María Angélica, *Constituci3n de la Naci3n Argentina - Comentada y Concordada*. Buenos Aires, 2008. Pág. 366.

A) **son sistemas normativos**: los sistemas jurídicos constituyen “*sistemas deductivos de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas hay al menos una norma enunciativa que correlaciona un caso determinado con una solución normativa* (permisión, prohibición, obligatoriedad)”¹⁷.

B) **son sistemas coactivos**: un sistema normativo no constituye un sistema jurídico si no incluye normas que prescriban actos coercitivos, aunque no todas sus normas tienen que estipular actos coactivos.

C) **son sistemas institucionalizados**: los sistemas jurídicos se caracterizan por incluir normas secundarias que los institucionalizan, dándoles un carácter dinámico que los diferencia de los sistemas morales.

D) **poseen órganos principales**: si un sistema jurídico no establece órganos centralizados para aplicar medidas coactivas, no hay, entonces, monopolio de la fuerza legítima del Estado¹⁸.

2. Orden jerárquico de las normas que integran un sistema jurídico

Las normas de un sistema jurídico suelen ordenarse según ciertos niveles de jerarquía. Dicho orden está relacionado tanto con la pertenencia de las normas a un sistema, como con las fuentes del derecho.

Coincidentemente con ello, el Artículo 31º de nuestra Constitución Nacional establece que los dos principios sustantivos que fundamentan nuestro ordenamiento jurídico son el *principio de supremacía constitucional* y el *principio de jerarquía de las fuentes del derecho*.

El orden jerárquico de las normas está dado, principalmente, por las *cadena de validez* formadas sobre la base de las normas que autorizan la creación de otras normas.

Sin embargo, ésto comprende un aspecto parcial de los sistemas jurídicos, pues sólo permite decir que una norma es inferior a otra pero no da cuenta de los diferentes niveles entre algunas de ellas cuya creación está autorizada por normativas diferentes, ni la jerarquía entre las mismas cuya sanción está permitida por una o un conjunto de normas del mismo nivel.

¹⁷ ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Disponible en:

www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/45707392103492762565679/index.htm

¹⁸ Entre los órganos principales de todo sistema jurídico podemos mencionar los siguientes: órganos encargados de crear y derogar normas generales del sistema (Ej.: legisladores en sentido amplio); órganos encargados de determinar qué normas son aplicables a situaciones particulares y de disponer la ejecución de las medidas coactivas que prescriben (Ej.: jueces en sentido amplio) y; órganos encargados de ejecutar físicamente las medidas coactivas (Ej.: órganos policiales y de seguridad).

Consecuentemente, puede decirse que una norma es superior a otra cuando, de haber conflicto entre ellas, se consideraría válida la primera, no la segunda. En otras palabras: *ley superior deroga ley inferior*.

La preferencia que poseen ciertas normas en cuanto a su validez respecto de otras depende, en primer lugar, de lo que se establece con los criterios vigentes de reconocimiento para identificar la base del sistema y; en segundo lugar, de lo que dispongan las propias normas del mismo.

Nuestro sistema jurídico se encuentra organizado de la siguiente manera:



Es menester subrayar que la presente jerarquía no es unánime entre la doctrina. Quienes defienden el sistema *monista* sostienen que, desde la Reforma Constitucional de 1994, los Tratados Internacionales enumerados en el Artículo 75°, inciso 22 de nuestra Carta Magna pasaron a tener igual jerarquía que la Constitución misma. Incluso, algunos autores se animan a decir que la jerarquía de dichos tratados es de carácter supraconstitucional. Por otra parte, aquellos que sostienen el sistema *dualista* afirman que, aunque en la Constitución Nacional se hayan incorporado

esos Tratados Internacionales, nuestra Carta Magna sigue teniendo supremacía por sobre el resto de las leyes y Tratados.

En relación con este tema es menester destacar la importancia de las decisiones de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)**¹⁹ -organismo de competencia consultiva y contenciosa de la Organización de Estados Americanos (OEA)-. Esto se debe a que los fallos por ella dictados son de carácter definitivo e inapelable, así como obligatorios para los Estados parte de la **Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)** - “*instrumento internacional de carácter vinculante*”²⁰ - que hubieran reconocido su competencia.

Algunos juristas consideran que las decisiones de la CIDH son supraconstitucionales debido a que, como mencionamos anteriormente, sus fallos son vinculantes y ello ha llevado a que, en algunos casos, ciertos países hayan tenido que modificar su derecho interno en aras del derecho internacional al cual han adherido²¹.

3. Los defectos lógicos de los sistemas jurídicos

Los problemas de interpretación respecto de los sistemas jurídicos presuponen dudas acerca de las consecuencias lógicas que pueden inferirse de algunos textos, quedando sin determinar la calificación normativa que ellos prescriben para ciertos casos. Dichos defectos impiden que los sistemas de normas sean coherentes, completos, económicos y operativos.

A) las contradicciones entre normas jurídicas

La contradicción tiene lugar cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles. De acuerdo con **Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin**, cuando ésto sucede, un sistema normativo es ***inconsistente***.

Existen tres clases de inconsistencias según **Alf Ross**:

¹⁹ La CIDH entiende en las denuncias que formulen tanto los Estados parte como la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** -órgano consultivo de la OEA, cuyas sugerencias y recomendaciones poseen un carácter no vinculante para las partes -.

²⁰ DIÁLOGO INTERAMERICANO, *Acceso a la información pública en las Américas*, Buenos Aires, diciembre 2002. Pág. 42. Disponible en: <http://www.thedialogue.org/PublicationFiles/Access%20Report%20Spanish.pdf>

²¹ Es el caso del fallo **Claude Reyes y otros Vs. Chile** (CIDH, 19 de septiembre 2006), por el cual la Corte ordenó al Estado chileno que entregara cierta información a personas que la habían solicitado. La CIDH resolvió que el Estado de Chile había violado el derecho a la libertad de expresión consagrada en el Artículo 13° de la Convención Americana en perjuicio de los actores Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero, ordenándole a dicho la Estado la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno que garanticen los derechos y libertades dispuestos por el Artículo 2° de la Convención. De esta lectura se desprende la supraconstitucionalidad del derecho internacional.

- a) *Inconsistencia total-total*: cuando los ámbitos de referencia de ambas normas se superponen totalmente (Ej.: una norma estipula que la importación de tractores debe pagar recargo aduanero y otra sostiene que están exentos).
- b) *Inconsistencia total-parcial*: cuando el ámbito de referencia de una norma está totalmente incluido en el de otra, pero ésta comprende, además, casos adicionales (Ej.: una norma sostiene que la importación de vehículos debe pagar recargo aduanero y otra exime a los tractores).
- c) *Inconsistencia parcial-parcial*: cuando las descripciones de dos normas con soluciones incompatibles se superponen parcialmente, pero ambas tienen, también, ámbitos de referencia autónomos (Ej.: una norma establece que los vehículos importados deben pagar recargo aduanero y otra estipula que los instrumentos para la producción agrícola están exentos. Los tractores se encuentran en el campo de conflicto entre ambas, los autos se rigen por la primera y los arados por la segunda).

Para dar solución a los conflictos entre normas, los juristas y jueces se basan en los siguientes principios:

- i. *Lex superior*: entre dos normas contradictorias prevalece la de jerarquía superior. *Ley superior deroga ley inferior*.
- ii. *Lex posterior*: la ley posterior prevalece sobre aquella promulgada con anterioridad. *Ley posterior deroga ley anterior*.
- iii. *Lex specialis*: se da preferencia a la norma específica que está en conflicto con una de carácter más general. *Ley especial deroga ley general*.

*** En nuestro Derecho Penal existe lo que se conoce como *ley más benigna*, la cual se considera de la siguiente manera: por ejemplo, dado el caso que una persona mate a otra por venganza en el año 2011 y el caso se eleve a juicio oral en el año 2013. Para dictar sentencia, el juez debe tomar en cuenta una serie de variantes: a) cuál era la ley que existía al momento en que se cometió el ilícito y; b) si esa ley ha sufrido modificaciones hasta el momento de dictar sentencia. En el caso de que la ley sea la misma, la sentencia se dicta con base en dicha ley (25 años de prisión). Si la ley ha variado, el juez debe analizar aquello que ha sido modificado. Si la pena del delito cometido aumentó, el juez debe fallar con la *ley más benigna* (si al momento de cometido el ilícito la pena era de 25 años y ahora es cadena perpetua, el juez debe fallar con 25 años, no porque sea la ley existente al momento de cometido el delito, sino porque es la *ley más benigna*). Si, por el contrario, la pena disminuyó de 25 años a 10 años o, incluso, no existe más ese delito, el juez debe darle 10 años o no dictar prisión. Y, finalmente, si la**

persona va presa (por ejemplo, con 25 años de prisión) y, mientras cumple con su condena se modifica el Código Penal y dicha pena disminuye de 25 a 10 o 0, inmediatamente se le debe reducir la pena o dejarlo en libertad. Por el contrario, si la modificación del Código Penal aumenta la pena, eso no afectará nuestro supuesto.

B) *la redundancia valorativa*

La redundancia tiene lugar cuando se estipula un exceso de soluciones para los mismos casos, que serían, entonces, compatibles y reiterativos. La redundancia puede ser:

- a) *Total-total*: si los campos de aplicación de las normas con soluciones equivalentes se superponen totalmente.
- b) *Total-parcial*: si los campos de aplicación de las normas se comprenden uno al otro y se refieren, además, a otros casos.
- c) *Parcial-parcial*: si los campos de aplicación de las normas se superponen parcialmente, manteniendo cada uno de ellos, además, referencias autónomas.

Estos casos no tendrían por qué crear problemas, debido que, al seguirse una de las normas redundantes se satisface también lo prescripto por la otra.

C) *lagunas del derecho*

Las lagunas tienen lugar cuando el sistema normativo carece, respecto de ciertos casos, de toda solución jurídica.

Dada esta situación, existe la negativa de muchos jueces y juristas a aceptar su existencia, por considerar que los órdenes jurídicos son necesariamente completos²².

Sin embargo, cuando un caso de éstos se presenta, los jueces no pueden dejar de dictar sentencia. De acuerdo con el Artículo 15° del Código Civil, “*los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes*”.

El recurso usualmente más utilizado para dar solución a estos casos es la “*interpretación por analogía*”, estipulada en el Artículo 16° del Código Civil. Dicha acción implica asimilar el caso no calificado normativamente a otro que lo esté, sobre la base de tomar como relevante alguna propiedad que ambos posean en común.

²² Por ejemplo, **Kelsen** considera que el derecho no puede tener lagunas gracias al *principio de clausura* que estipula que “*todo lo que no está prohibido está permitido*”.

Otros procedimientos que suelen utilizarse implican apelar a los *principios generales del derecho* o a la *naturaleza jurídica de una institución* (retrotraerse al momento de la sanción de una norma).

D) *la inoperancia de ciertas normas jurídicas*

La inoperancia no constituye un problema de aplicación, sino que incide en la pertenencia misma del sistema de las normas de que se trata.

a) La inaplicabilidad de una norma puede deberse a que su condición de aplicación no puede darse o a que la conducta que la norma prescribe es de imposible cumplimiento.

i. respecto de la *condición* de la norma, su imposibilidad puede ser:

- *lógica*: es lógicamente imposible que se dé el antecedente de una norma si constituye una contradicción (Ej.: “Cuando una persona soltera cometiera bigamia, deberá ser reprimida con la mitad de la pena correspondiente al caso de que el autor fuere casado”).
- *empírica*: cuando se trata de un hecho que está en contra de las leyes naturales (Ej.: “Cuando el aborto fuera cometido después del doceavo mes de embarazo, deberá ser castigado con 10 años de prisión”).
- *normativa*: cuando está en pugna lo dispuesto por otra norma (Ej.: “Las personas menores de edad que hayan adoptado un hijo deberán hacerlo conocer a su propio padre o tutor”).

ii. la *conducta* que la norma prescribe realizar puede ser:

- *lógicamente imposible*: si está descrita en forma contradictoria (Ej.: “Por las rutas del país deberá tomarse la mano derecha, de modo que los vehículos que vienen en sentido contrario puedan pasar por la derecha del propio vehículo”).
- *empírica o técnicamente imposible*: (Ej.: “La demanda laboral siempre debe notificarse al demandado por telegrama colacionado” y se diera que el servicio telegráfico no llega hasta dicho domicilio.)
- *normativamente imposible*: cuando el cumplimiento de la norma requiere alguna circunstancia que está prohibida por otra norma (Ej.: una norma obliga en todo contrato de locación a formalizar un seguro en la Caja Nacional de Ahorro y otra norma prohíbe a esa institución contratar seguros.)

b) hay casos en que una norma es inaplicable porque tal conducta es *necesaria*, por lo cual la norma es superflua. Se pueden dar, entonces casos en que la norma sea:

- *lógicamente necesaria*: (Ej.: “Solamente deben ser castigadas por adulterio las personas casadas.”)
- *empíricamente necesaria*: (Ej.: “Los médicos deberán abstenerse de resucitar a personas fallecidas.”)
- *normativamente necesaria*: se da en la redundancia normativa (Ej.: una norma administrativa prohíbe a funcionarios recibir notas de particulares que no estén redactadas en papel oficio y otra norma dispone la obligación de redactar en papel oficio las peticiones de los particulares ante la administración pública).

Debido a la naturaleza de estos defectos, es muy difícil que en un derecho relativamente elaborado se presenten fallas de esta índole.

V. PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN Y SANCIÓN DE LEYES NACIONALES

En nuestro país, el órgano principal de la formación y sanción de leyes nacionales es el Congreso, el cual representa al Poder Legislativo. El mismo es un órgano colegiado de carácter bicameral de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 44° CN. La “bicameralidad” implica la necesidad de la aprobación de dos cuerpos legislativos -independientes entre sí- para la sanción de las leyes. Dichos cuerpos son:

1. la *Cámara Baja* o *de Diputados*: representa al pueblo de la Nación, garantizando el *principio democrático* pues, conforme al Artículo 45° CN, sus miembros son elegidos en relación al número de habitantes de cada distrito. Es decir que la cantidad de diputados nacionales no es siempre la misma puesto que su elección es proporcional al número de habitantes, con lo cual su número varía de acuerdo con el resultado de cada censo poblacional. En la actualidad, esta Cámara cuenta con 257 miembros.

2. la *Cámara Alta* o *de Senadores*: representa de manera igualitaria a los Estados locales, garantizando así el *sistema federal*. En otras palabras, esta Cámara posee siempre la misma cantidad de senadores ya que, según el Artículo 54° CN, se eligen 3 por cada provincia y 3 por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

De acuerdo con el Artículo 77° CN, un proyecto de ley puede ser presentado por cualquiera de los miembros de las Cámaras *ut supra* mencionadas, así como por el Poder Ejecutivo²³. Asimismo, según el Artículo 39° CN, la ciudadanía también se encuentra facultada para presentar proyectos en calidad de *iniciativa popular*.

El procedimiento de formación y sanción de leyes nacionales se encuentra estructurado en dos partes: una primera durante la cual el proyecto de ley es discutido en las dos Cámaras del Poder Legislativo y, una segunda en la que, una vez aprobado el proyecto en ambas Cámaras, éste es promulgado o vetado por el Poder Ejecutivo. El veto presidencial constituye una herramienta de gran importancia, ya que actúa como mecanismo de control del Poder Ejecutivo sobre el Legislativo.

Para dar inicio al trámite legislativo, los proyectos deben ingresar por *mesa de entradas* de la *Cámara de origen*, donde se les asigna un número y son girados a las *comisiones internas* correspondientes para su tratamiento. Dentro de cada comisión, el proyecto es estudiado y se produce el *despacho por unanimidad* o *por mayoría y minorías*. Una vez que las distintas comisiones emitieron su *dictamen*, el proyecto es llevado al *recinto* para su votación final. Si el proyecto es *rechazado*, no puede volverse a tratar en las sesiones de dicho año. Si el proyecto es *aprobado* (se necesita media sanción), entonces pasa a *Cámara revisora*, teniendo el mismo tratamiento que en la *Cámara de origen*.

El Artículo 79° CN autoriza a las *Cámaras*, una vez aprobado el proyecto en general, a delegar en *Comisiones*²⁴ que respondan por la materia el tratamiento en particular de ese proyecto (artículo por artículo). Dicha delegación dependerá de la obtención de la *mayoría absoluta*²⁵ de todos los legisladores. Igual mayoría se requiere para dejar la delegación sin efecto y, en las comisiones, para decidir cada votación en particular, luego de las cuales, se seguirá con el trámite ordinario.

Una vez que el proyecto se encuentra en el recinto de la *Cámara revisora* para su votación final, puede haber diversos resultados:

²³ Si bien la mayoría de los proyectos de ley provienen del Poder Ejecutivo, la Cámara de Diputados posee el privilegio de ser Cámara *iniciadora* en los casos de proyectos referidos a contribuciones y reclutamiento de tropas así como en los casos de iniciativa popular y consulta popular; mientras que la Cámara de Senadores tiene iniciativa excluyente cuando se trata de proyectos de ley de coparticipación federal, políticas demográficas y políticas de desarrollo igualitario y equilibrio de provincias y regiones.

²⁴ Las **Comisiones Parlamentarias** surgen de los poderes implícitos del Cuerpo Legislativo, y actualmente están previstas en el Artículo 79° CN. Se las puede dividir en: a) **permanentes**: previstas en los reglamentos de las Cámaras (Ej.: Comisión de Labor Parlamentaria, de Asuntos Constitucionales, de Legislación General, de Justicia, etc.) y; b) **especiales**: también llamadas “ad hoc” o “para asuntos determinados”, de carácter transitorio. Una variante de estas últimas son las **bicamerales**, integradas por miembros de las dos salas, para el estudio coordinado o sistemático de algún asunto.

Sin embargo, la Reforma Constitucional de 1994 creó la **Comisión Bicameral Permanente** (Artículo 99°, inc. 3 y Artículo 100°, inc. 12 y 13 CN), cuya composición deberá respetar la proporción de las presentaciones políticas de cada Cámara, y tiene por función conocer los DNU que emita el Presidente y remitir su despacho al plenario de cada Cámara del Congreso en el plazo de 10 días hábiles, para su consideración por ellas. Asimismo, deberá controlar los decretos de promulgación parcial de leyes.

²⁵ **Mayoría Absoluta**: voto de más de la mitad de los miembros presentes, observando el requisito de quórum.

1) en caso de que el proyecto sea rechazado, éste no se vuelve a tratar en las sesiones de ese año.

2) en caso de que la *Cámara revisora* modifique el proyecto, éste regresa a la *Cámara de origen* - indicándose el resultado de la votación-, la cual no puede rechazarlo ni introducir nuevas modificaciones, sino que puede suceder que: acepte las modificaciones; no logre la mayoría para insistir en la redacción inicial o; insista en la redacción original, para lo cual requiere el mismo resultado de votación que se obtuvo en la *Cámara revisora*.

3) si el proyecto es aceptado sin inconvenientes, se lo considera **ley por aprobación simple** y pasa al *Poder Ejecutivo* para su *promulgación* (aprobarlo) y *publicación* en el **Boletín Oficial**. De acuerdo con el Artículo 80° CN, si el proyecto no es devuelto al Congreso por el *Poder Ejecutivo* en un lapso de 10 días (para revisión y nuevo tratamiento), se reputa que el proyecto ha aprobado. Asimismo, el *Poder Ejecutivo* se encuentra facultado por el para vetar (*observar*) el proyecto de manera:

- *total*: en cuyo caso el proyecto regresa a la *Cámara de origen* para su debate y debe pasar, luego, por la *Cámara revisora*: si se obtienen 2/3 de los votos que confirman la sanción originaria, el proyecto es **ley**, por lo cual regresa al *Poder Ejecutivo* para su *promulgación* y *publicación* definitivas. Según el Artículo 83° CN, las votaciones de ambas Cámaras son nominales: por sí o por no;
- *parcial*: en este caso pueden darse dos situaciones: no se promulga ninguna parte del proyecto y éste regresa a las Cámaras para discutir las partes vetadas o, si una parte del proyecto posee *autonomía normativa* y su aprobación parcial no altera el espíritu y la unidad de la norma, el Artículo 80° CN autoriza a realizar una **promulgación parcial** -como Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU)- y la otra parte regresa a las Cámaras para ser debatida²⁶.

María Clara Güida

Abril 2008

²⁶ Es menester aclarar que la **promulgación parcial** de leyes no aplica para todos los casos de leyes tributarias, penales, electorales y de reglamentación de partidos políticos. Dicho tipo de promulgación depende tanto del tipo de proyecto del cual se trate así como de la organización del texto legal y del tipo de normas que de éste se desprenden.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Disponible en: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/45707392103492762565679/index.htm
- CASO CLAUDE REYES Y OTROS vs. CHILE (CIDH, 19 de septiembre 2006).
- CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (1869).
- CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (1953).
- DIÁLOGO INTERAMERICANO, *Acceso a la información pública en las Américas*, Buenos Aires, diciembre 2002. Disponible en: <http://www.thedialogue.org/PublicationFiles/Access%20Report%20Spanish.pdf>
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina - Comentada y Concordada*. Buenos Aires, 2008.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*. Conf. Traducción de Moisés Nilve, EUDEBA, Buenos Aires, 1960.
- LUBERTINO, María José, “Introducción al análisis del Derecho” en *Principios Generales del Derecho Latino-Americano. Módulo I*. Buenos Aires, 2007.
- NINO, Carlos Santiago, “El concepto de norma jurídica” en *Introducción al análisis del derecho*. En LUBERTINO, María José, *Principios Generales del Derecho Latino-Americano. Módulo II*. Buenos Aires, 2007.