

LEGISLACIÓN GENERAL

1er Año. Dra. Leila Torres

UNIDAD 1.-

¿QUE ES EL DERECHO?

El derecho es extraordinariamente complejo de definir qué se debe a la adopción de cierta concepción sobre la relación lenguaje-realidad, que hace que no se tenga una idea clara de sus presupuestos técnicos y consecuencias.

Para los esencialistas, existe una sola definición válida que refleja su esencia, a través de palabras que los hombres puedan modificar. Para los convencionalistas, no existe una sola definición válida, ya que los hombres las establecen arbitrariamente.

Nuestra definición: El derecho (o ciencias jurídicas) puede definirse como un sistema de principios y normas, generalmente inspirados en ideas de justicia y orden, que regulan la conducta humana en toda sociedad y cuyo cumplimiento puede imponerse de forma coactiva por el poder público.

La palabra derecho deriva de la voz latina *directum*, «lo que está conforme a la regla, a la ley, a la norma».

INCONVENIENTES DE LA PALABRA DERECHO

• **Es ambigua:** Tiene varios significados relacionados. Veamos estas tres frases:

1).- "El derecho argentino prevé la pena capital": hace referencia al **derecho objetivo**, o sea un ordenamiento o sistema de normas.

2).- "Tengo derecho a vestirme como quiera": se usa como **derecho subjetivo**, como facultad, atribución, permiso, posibilidad, etcétera.

3).- "El derecho es una de las disciplinas teóricas más antiguas": se refiere a la investigación, al estudio de la realidad jurídica que tiene como objeto el derecho en los dos sentidos anteriores.

- **Es vaga:** porque no permite enunciar propiedades que deben estar presentes en todos los casos en que la palabra se usa. Palabra o expresión vaga es aquella cuyo significado no es claro. Ejm. Abundante, alto, cosa, algo.

- Posee **Carga Emotiva** (favorable) que perjudica su significado cognoscible. Derecho" es una palabra con significado emotivo favorable. Cuando una palabra tiene carga emotiva, ésta perjudica su significado cognoscitivo. Porque la gente extiende o restringe el uso del término para abarcar con él o dejar fuera de su denotación los fenómenos que aprecia o rechaza; esto provoca una gran imprecisión en la expresión y en el caso de derecho explica muchas de las diferencias entre las definiciones que sustentan los juristas.

LA CIENCIA JURIDICA:

La ciencia jurídica es una disciplina que se encarga del estudio de las leyes y normas que regulan la convivencia humana en una sociedad. A través de la interpretación y aplicación de estas leyes, se busca garantizar la justicia y la equidad en las relaciones entre individuos y entre estos y el Estado.

Algunos modelos de ciencia jurídica:

1) Según **Kelsen**, la ciencia jurídica, para ser tal, debe estar purificada, tanto de elementos extranormativos (sociológicos, económicos, etcétera) como de factores valorativos o ideológicos. La ciencia jurídica, en el modelo de Kelsen, es una ciencia normativa cuya función es exclusivamente describir normas; es decir que su objeto de estudio son las normas jurídicas válidas en un cierto ámbito. Los enunciados que la ciencia jurídica formula describiendo normas, son denominados por Kelsen proposiciones jurídicas. Cada proposición da cuenta de una cierta norma jurídica. En realidad, las proposiciones jurídicas kelsenianas son un calco, en cuanto a su contenido y estructura lógica, de las normas jurídicas que describen: por ejemplo, un enunciado que dice "si alguien mata debe ser castigado con diez años de prisión", tanto podría ser una norma jurídica como una proposición jurídica. Lo que distingue a uno y otro tipo

de enunciados es la función lingüística que cumplen: las normas jurídicas son prescriptivas, mientras que las proposiciones jurídicas constituyen proposiciones descriptivas.

2) **Ross** afirma que las proposiciones de una genuina ciencia del derecho deben ser aserciones acerca de cuál es el derecho vigente. Como el derecho vigente es el conjunto de directivas que probablemente los tribunales tomarán en cuenta en sus decisiones judiciales, las proposiciones de la ciencia del derecho constituyen predicciones acerca de qué directivas serán aplicadas por los jueces. Para formular tales predicciones, los juristas pueden valerse de los aportes de otras ciencias, como la sociología o la psicología, las cuales pueden suministrar datos acerca del contexto social, económico, etcétera, que rodea a los jueces, permitiendo mayor certeza en los juicios de probabilidad relativos a sus futuras decisiones.

3) **Alchourrón y Bulygin** proponen un modelo de ciencia jurídica más sofisticado que el que presenta Ross. Estos autores distinguen dos tipos de tareas u operaciones que la ciencia jurídica desarrolla. En primer lugar, la tarea empírica de determinar qué enunciados constituyen la base de un orden jurídico (la misma tarea que Ross considera como la actividad central de la ciencia jurídica). En segundo lugar, las operaciones lógicas de sistematización del derecho, las cuales consisten de dos pasos: en el primero de ellos se derivan las consecuencias lógicas de los enunciados que constituyen la base del sistema, empleando ciertas reglas de inferencia, ya que esto permite mostrar los defectos lógicos (lagunas, contradicciones y redundancias) que el sistema pueda tener; en el segundo paso se trata de reemplazar la base original del sistema por una más económica pero equivalente a ella, o sea por un conjunto más reducido de principios que sean lo más generales que sea posible, siempre que tengan las mismas consecuencias lógicas que las normas que reemplazan (por ejemplo, si hay dos normas que dicen "los ciudadanos del sexo masculino pueden votar a partir de los 21 años" y "las mujeres que sean ciudadanas pueden votar a partir de los 21 años", ellas pueden ser reemplazadas por la norma "todos los ciudadanos pueden votar a partir de los 21 años").

LAS NORMAS JURIDICAS:

Una norma jurídica es un enunciado (algo que alguien dice), son dictadas por una autoridad competente, su uso es **prescriptivo** y en el caso de incumplimiento acarrea una sanción.

Lenguaje prescriptivo: Se ha tratado de hacer una clasificación de los usos del lenguaje que sigue estos lineamientos:

- Uso informativo: Cuando se utiliza el lenguaje para describir cierto estado de cosas, expresan una proposición, se puede predicar V o F.
- Uso expresivo: Consiste en emplear el lenguaje para expresar emociones y provocarlas en el interlocutor.
- Uso interrogativo: Tiene como función requerir información del interlocutor.
- Uso operativo: Se caracteriza por el hecho de que pronunciar ciertas palabras implica realizar la acción a que esas palabras se refieren.
- **Uso prescriptivo o directivo:** Se da cuando mediante el lenguaje el que habla se propone dirigir el comportamiento de otro, se puede predicar si son justas o injustas, no V o F. Las directivas se distinguen por estar formuladas con la intención de influir en el comportamiento de otro. La oración que expresa una directiva usando determinadas palabras que se llaman deónticas, ej.: prohibido, obligatorio, permitido. Cuando alguien permite algo es porque ese algo está prohibido, **las prescripciones son las directivas que están relacionadas con las normas. (A ESTE PERTENECEN LAS NORMAS)**

FUENTES DEL DERECHO:

El estudio de las distintas formas de creación de normas jurídicas se hace generalmente bajo el rótulo fuentes del derecho, y aquí cabe señalar dos modalidades genéricas de creación de derecho; una que podríamos calificar de **deliberada** y otra de **espontánea**.

Cuando hablamos de creación deliberada de derecho hacemos referencia a la sanción de ciertas reglas por medio de actos ejecutados por órganos competentes con la intención de establecer tales reglas. La legislación es el arquetipo de esta forma consciente de creación de derecho. En efecto, una ley es sancionada mediante un conjunto de actos

dirigidos a ejecutar el procedimiento prescrito para su creación. La palabra "ley" es ambigua. Los juristas restringen su uso para referirse sólo a las normas dictadas por un parlamento (significado formal). En cambio, los legos llaman "ley" a las normas dictadas por cualquier órgano, ya sea el Congreso, presidente, ministros, intendente, etcétera, con las únicas restricciones de que sean generales y se las haya creado deliberadamente (significado material).

Además de las formas deliberadas de dar origen a normas jurídicas, hay medios espontáneos que llegan al mismo resultado. La forma **espontánea** más clara en que pueden originarse normas jurídicas es la costumbre. Esta surge de un reiterado comportamiento de los miembros de una sociedad. Sin embargo, no todas las normas consuetudinarias constituyen normas jurídicas, como ocurre con los usos sociales (por ejemplo, saludar de determinada manera), las modas (por ejemplo, usar falda corta), la moral consuetudinaria (por ejemplo, ciertas modalidades del trato sexual), que no son normas jurídicas. Para que una norma consuetudinaria sea a la vez una norma jurídica ella debe formar parte de un sistema jurídico, es decir, tiene que ser reconocida por los órganos primarios del sistema. También constituyen una forma espontánea de dar origen a normas jurídicas la jurisprudencia o los precedentes judiciales.

LA CODIFICACION DEL DERECHO:

En Derecho, la codificación es el proceso de recopilación y reformulación sistemática de legislación (textos normativos, leyes o normas jurídicas) de una jurisdicción en ámbitos concretos, normalmente por materias, para formar un cuerpo jurídico único, es decir, un código. El objetivo es regular de manera concluyente el ámbito jurídico en cuestión, en principio con exclusión de otras fuentes de Derecho. El principio de exhaustividad también exige una estructura estructurada y un conjunto coherente de términos.¹ El término fue acuñado por el jurista y reformador social inglés Jeremy Bentham.²

Entonces, se denomina derecho codificado a las normas que se encuentran agrupadas en un código como el Código Civil, Código Penal, Código Procesal Civil, Código de Procedimientos Penales, Código Procesal Constitucional, entre otros.

En los países del denominado "derecho continental europeo", (Francia, Alemania, Italia, España, etcétera), y la mayor parte de Iberoamérica, predomina entre los juristas un pronunciado formalismo ante las normas. El hecho de contarse en estos países con una amplia codificación del derecho, dio pie para que los juristas asignaran a esos sistemas, y a las normas que los constituyen, una serie de propiedades formales que no siempre tienen: precisión, univocidad, coherencia, completitud, etcétera.

La primera recopilación o compilación jurídica de importancia fue realizada por los romanos (Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano) que culminaron con la obra de Justiniano, obra del jurisconsulto Triboniano e impulsada por el emperador bizantino. Por decisión del emperador fue sancionado el **Corpus Juris Civilis**.

Los juristas del llamado **Common Law** (ley común) no tienen frente a sí cuerpos codificados a los que prestar una tal profesión de fe. En derecho, el derecho consuetudinario es el cuerpo de leyes creado por jueces y tribunales cuasijudiciales similares en virtud de estar expresado en opiniones escritas. La mayor parte de las normas que constituyen, por ejemplo, el derecho norteamericano, están originadas, no en el acto deliberado de un legislador, sino en los fundamentos de las decisiones judiciales, en los precedentes. Los juristas de este sistema han advertido que las normas jurídicas están lejos de tener las propiedades formales que se les suele asignar.

LA LEY:

Es la más acabada y perfecta expresión del derecho positivo y puede definirse como la norma escrita creada por los órganos competentes de acuerdo con los procedimientos previamente determinados.

PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA LEY:

Los principales caracteres de la ley son:

- a) **La positividad** entendida como derecho escrito en virtud de lo cual pertenece a un determinado ordenamiento jurídico particular. Es un carácter que a distingue de la costumbre.
- b) **La generalidad**, que se refiere a:

- **Su objeto**, al regular de la misma manera todas las situaciones semejantes, impidiendo privilegios;
 - **A las personas**, que deben someterse a ella sin ningún tipo de distinción si se encuentran en condiciones y circunstancias semejantes a las determinadas por la ley.
- c) **La obligatoriedad**, que surge de la autoridad de quien la elabora y del deber de cumplirla por parte de aquellos que están sometidos;
- 4) **La coactividad**, condición propia de todo derecho positivo que permite el uso de la fuerza para obligar al cumplimiento de sus prescripciones.
- 5) **Y el proceso de su creación que es previamente establecido** por el derecho positivo. El proceso de creación y sanción de las leyes está establecido en la Constitución Argentina en los artículos 77 al 84.

CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES EN EL DERECHO ARGENTINO:

De acuerdo al carácter de sus disposiciones:

- **Dispositivas**: en ellas se prescribe un determinado comportamiento positivo; en otras palabras, obligan a actuar de una manera expresa. Ejm. Circular por el carril derecho
- **Prohibitivas**: aquí quedan vedados determinados actos. Este tipo de leyes pueden o no prever sanciones. Ejm. Prohibido estacionar.

De acuerdo al grado y alcance de la imperatividad:

- **Imperativas**: prevalecen y se aplican aunque exista un acuerdo previo entre quienes están sometidos a ellas, y aun cuando las partes prefiriesen someterse a otra regulación. Regulan en general la capacidad de las personas, los derechos reales, el régimen de familia, etc.
- **Supletorias o Interpretativas**: en este tipo de leyes las partes están facultadas para modificar, sustituyendo su régimen de común acuerdo. Ejm. Modificar el lugar de pago de una obligación.

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY: Aplicación de la ley en relación con el tiempo

En general la ley y las normas jurídicas rigen y se aplican en un determinado territorio, y hasta el momento de su derogación o caducidad. Sin embargo, tanto la aplicación territorial como el tiempo de vigencia o el momento de sanción de una ley, pueden dar origen a una serie de problemas que es necesario considerar.

A partir de este planteo se definen dos aspectos del problema:

- El de la aplicación de la ley en relación al territorio.
- El de la relación de la ley en **relación al tiempo**.

Lo que será analizado con relación a la temática que nos compete es la **problemática de la ley en su faz temporal**.

EL PROBLEMA DE APLICACIÓN DE LA LEY EN RELACIÓN AL TIEMPO:

Presenta dos aspectos principales:

- 1) Referido al momento de publicación, es decir, cuando una ley adquiere obligatoriedad.
- 2) Vinculado al periodo de vigencia de la ley, en el caso de la derogación de la misma y vigencia de una nueva.

En ambos aspectos se presenta el problema de imperio o no de la norma sobre los hechos que se hubieran producido bajo ña vigencia de una ley subrogada, o de los que hubieran tenido lugar antes de la publicación. Se trata entonces de determinar el alcance del imperio de una ley, en cualquiera de los supuestos precedentes.

TEORÍA DE LA IRRETROACTIVIDAD: (REGLA)

Fundado en que la ley no puede aplicarse a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia. Aplicar la ley a un tiempo en el cual no se la conocía implica el peligro de comprometer el orden social y la seguridad jurídica. En general este es el criterio sostenido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

TEORÍA DE LA RETROACTIVIDAD: (EXCEPCIÓN)

Afirma que las leyes no sólo regulan el futuro, sino que, teniendo en cuenta el bien social, deben aplicarse también a hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia. Estas leyes se aplican a los efectos ya cumplidos conforme a la regulación anterior. En el derecho argentino la retroactividad de la ley no se aplica en materia penal, en virtud del principio constitucional del art. 18, que garantiza que nadie será penado sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho de proceso. Sin embargo, hay un tipo particular de retroactividad de la ley penal cuando ésta resultare favorable al procesado o penado.

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO:

El ordenamiento es la sistematización del ámbito jurídico con el objeto de facilitar y garantizar la aplicación del derecho; es el resultado de un proceso de racionalización. Su función es establecer el orden mediante la aplicación del derecho. Se constituye de una serie de elementos como: sociedad, cultura, idea de justicia, conceptos generales de derecho escrito y consuetudinario, conceptos de deber y obligatoriedad, de persona y de hechos y actos jurídicos, etc.

El orden objetivo es la ubicación de los distintos elementos de un todo en lugar que su naturaleza le corresponde.

El orden concreto y real resulta de la vigencia y efectividad del ordenamiento. Es también un orden social y jurídico que se implican y se correlacionan.

LA NORMA Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO:

El conjunto de normas que regulan la conducta social y jurídica. Las normas son elementos de un ordenamiento jurídico más amplio y complejo en el que se apoya y constituye su base necesaria e imprescindible.

Puede afirmarse que el ordenamiento presenta dos aspectos principales:

- La organización exterior y visible de sus elementos constitutivos: es dinámico, expresa los mecanismos que determinan la organización del Estado y la sociedad, como así también en las relaciones.
- Posee una coherencia interna: como resultado de la articulación de sus distintos elementos, de acuerdo con los principios organizativos propios y particulares de cada sociedad.

LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL:

La **supremacía constitucional** es un [principio](#) teórico del [Derecho constitucional](#) que postula, originalmente, ubicar la [Constitución](#) de un país jerárquicamente por encima de todo el ordenamiento jurídico de ese país, considerándola como Ley Suprema del Estado y fundamento del sistema jurídico. Según cada país los [tratados internacionales](#), convenciones internacionales o pactos internacionales gozarán o no del mismo rango que la Constitución Nacional de cada uno de ellos.

El principio de supremacía constitucional es parte de un principio más general del derecho, llamado principio de jerarquía. Este principio tiene dos funciones: una positiva, de fundamentar lo inferior, y otra negativa, de hacer caer, anular o dejar sin efectos a aquello inferior que se le oponga.

ARTÍCULO 31 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.”

