

II.-Unidad II Fuentes del derecho

1) Las fuentes del derecho. Concepto. Jerarquía. La Constitución, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en los que la República sea parte, la ley, los usos, prácticas y costumbres, la jurisprudencia y la finalidad de las normas. La doctrina como fuente del derecho

FUENTES DEL DERECHO. CONCEPTO.

Cuando hablamos de *fuentes del derecho* estamos utilizando la palabra *fuentes* en sentido simbólico para expresar el origen o el comienzo del Derecho, es su forma de creación.

Desde una visión clásica, encontramos autores que han definido al término fuentes desde distintos enfoques. En efecto, Borda explicaba que este término se utiliza también con distintos alcances, a saber, como esencia del derecho, o para aludir a los antecedentes históricos que dieron su origen o, para hacer referencia a las normas y preceptos del cual nacen derechos y obligaciones para las personas. LLambias consideraba que era más adecuado hablar de medios de expresión del derecho y lo vinculaba a los medios por los cuales se expresa o constituye el derecho.

Desde hace dos siglos los estudiosos del derecho han efectuado distintas clasificaciones de las fuentes. En el derecho civil es común la distinción entre fuentes formales y fuentes materiales. Las primeras (fuentes formales) son las que poseen una fuerza vinculante, es decir un carácter de obligatoriedad y ellas son: la ley, la costumbre y la jurisprudencia plenaria. Las segundas (fuentes materiales) son aquellas que carecen de obligatoriedad, pero tienen valor por la fuerza de convicción y engloba tal categoría a la jurisprudencia no obligatoria, la doctrina, el derecho comparado, la equidad y los principios del derecho.

El Código Civil y Comercial de la Nación alude a las fuentes en el Título Preliminar, ubicación muy significativa dado que una de las funciones que tiene esta parte del Código es la de establecer las reglas que le otorgan sentido a todo el código. Este Título Preliminar comienza con el

capítulo 1er titulado “Derecho”, cuyo artículo 1 está dedicado a “Fuentes y aplicación”, entendiendo al derecho como un sistema, es decir un concepto más amplio que el de la ley y que contiene pluralidad de fuentes.

El mencionado artículo 1 dice: *“Los casos que este código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuanto las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”*.

JERARQUIA DE LAS FUENTES

En primer término, cabe destacar que el artículo 1 coloca al CCyC como parte de un sistema jurídico que debe respetar principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía, que son los que cumplen dos funciones fundamentales:

- 1) Sentar las bases axiológicas sobre las cuales se estructura el CCyC.
- 2) Servir como guía para resolver los casos que se presentan mediante la aplicación de diferentes fuentes que tienen el siguiente orden de prelación:
 - a) Leyes aplicables (el propio CCYC y las leyes complementarias) que deben estar en consonancia con la CN y los tratados de derechos humanos en los que Argentina sea parte.
 - b) Los usos, practicas y costumbres cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

De ello se infiere que la la Constitución Nacional, los Tratados

Internacionales de Derechos Humanos constituyen criterios para desentrañar el significado de las leyes. Es decir el “bloque de constitucionalidad federal” es la fuente de las fuentes. Luego, en el art 1 sobresale como fuente del derecho la ley e incluye también a la costumbre como fuente, siempre que no sea contraria a derecho.

Es preciso destacar que tal artículo realiza una enumeración enunciativa, es decir además de las fuentes allí mencionadas existen otras fuentes materiales que el legislador omitió voluntariamente incorporar en la enunciación del art. 1.

LA CONSTITUCIÓN, LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LOS QUE LA REPÚBLICA SEA PARTE. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Tal como se explicó al tratar la unidad I, a la cual nos remitimos, la CN dispone que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes y a las otras disposiciones del Derecho Interno (art 75 inc 22). Esto es lo que se denomina “bloque de constitucionalidad”.

El control de constitucionalidad consiste en la revisión tanto de los actos de autoridad como de las normas generales para verificar si contradicen o no la CN, se propone tutelar la supremacía de la Constitución por sobre el derecho infraconstitucional, o sea el derecho que está debajo de la CN (ejemplo: leyes, decretos, reglamentos, disposiciones, resoluciones, etc).

La CN no regula de manera expresa el sistema de control de constitucionalidad, por lo que el mismo es producto de una creación pretoriana de la CSJN que, siguiendo el precedente de la Corte Suprema de EEUU en la causa “Marbury vs, Madison” estableció su legitimidad para su ejercicio en el caso “Cafarena c/ Banco Argentino de Rosario de Santa Fe” donde resolvió que “Está en la esencia del orden constitucional, que los

tribunales tengan, no solo la facultad, sino la obligación, de anteponer en sus resoluciones, los preceptos de la Constitución Nacional, luego en el caso Sojo y Municipalidad c Elortondo ratificó los principios establecidos en el antecedente norteamericano.

Es preciso señalar que con la reforma de 1994 se autorizó a los jueces a declarar la inconstitucionalidad dentro del proceso de amparo.

LA COSTUMBRE

La importancia de la costumbre como fuente del derecho:

La costumbre es un fenómeno social, es una forma de expresar el derecho que nace de la propia sociedad mediante la observancia reiterada de una conducta que se impone.

Por ello, históricamente la costumbre preexistió a la ley como forma de organización social, dado que en los pueblos primitivos no existían las leyes escritas tal como las conocemos ahora. Tales sociedades se regían por el derecho consuetudinario que estaba integrado por la tradición y la costumbre.

A medida que la sociedad fue creciendo y complejizándose aumentó la necesidad de crear la norma expresada en un texto. Entonces, frente a la ley formal, la costumbre fue perdiendo preponderancia, al punto tal que se la calificó de imprecisa e insegura. Explica Borda que las grandes revoluciones sociales contribuyeron a su decadencia, pues la implantación de un nuevo orden exigía a veces la abrogación en bloque de las antiguas costumbres (así ocurrió con la Revolución francesa y con la rusa); por último la influencia del racionalismo y el auge de la teoría de que *“el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes”*, hizo mirar con desconfianza esta fuente del derecho que, en el fondo, significa una ley nacida espontáneamente del pueblo y no establecida por el Poder Legislativo.

Actualmente, si bien el ordenamiento jurídico posiciona en primer lugar a la ley como su principal fuente, lo cierto es que la costumbre mantiene su

influencia, en especial en algunas ramas del derecho, como el derecho comercial.

En nuestro país el antiguo Código Civil refería a la costumbre en el art 17, que luego fue reformado por la ley 17.711 y, actualmente el art. 1 del Código Civil y Comercial de la Nación la menciona como fuente cuando dice: “*Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho*”.

Concepto:

Tal como señala Llambías la costumbre consiste en la *observancia constante y uniforme de un cierto comportamiento por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica.*

Caracteres:

La doctrina (es decir los autores) coincide en aceptar que para que la costumbre sea considerada fuente del derecho debe reunir dos elementos, uno objetivo o material y el otro subjetivo o psicológico.

El elemento objetivo (material) lo conforman esa serie de actos repetidos de manera constante, uniforme y general. Es decir, los actos repetidos que integran la costumbre deben ser efectuados de manera no interrumpida (constante), sin alteraciones importantes (uniforme) y, además, es necesario que tenga un uso general, es decir, que tales actos sean realizados por la generalidad de las personas cuyas actividades están regidas por tal práctica, requiriéndose además un uso prolongado en el tiempo.

El elemento psicológico o subjetivo lo constituye la convicción de obligatoriedad de que la observancia de la práctica responde a una necesidad jurídica, que posee una trascendencia jurídica.

Este último elemento es el que distingue un simple hábito o uso social

de una costumbre como fuente del derecho. Así, a modo de ejemplo, podemos decir que en nuestro país si concurrimos a la mañana a un bar solemos encargarnos como desayuno un café, té o un café con leche y medialunas o tostadas...etc, pero en ese horario no es frecuente que solicitemos un bife de lomo con huevo frito, ya que ese tipo de comida no es un habitual consumir en nuestro país como desayuno. Sin embargo, la solicitud de una comida distinta a lo que tradicionalmente desayunamos carece de trascendencia jurídica. Por eso, no reviste el carácter de costumbre al que hacemos referencia. Sin embargo, las costumbres mercantiles fijan efectos y sirven de interpretación de los contratos comerciales, por ello, tales actos, que pueden ser la forma de entrega de una determinada mercadería, son considerados por la sociedad como una fuente del derecho ya que es una costumbre que influye en el desenvolvimiento de los actos que efectúan los comerciantes entre sí.

Tipos de costumbre:

Los autores en general han clasificado a la costumbre en tres tipos: 1) la costumbre *secundum legem* o costumbre convalidada por la ley; 2) la costumbre *praeter legem* o en ausencia de ley; 3) *contra legem* o contraria a ley.

La costumbre *secundum legem o convalidada por la ley* es la costumbre reconocida por la ley como fuente. A modo de ejemplo podemos citar el actual art. 964 del CCyCN que dice: “El contenido del contrato se integra con: a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c) *los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.*” En este ejemplo la propia norma remite como fuente de derecho a los usos y costumbres.

La costumbre *praeter legem* es la que se utiliza en lo que comúnmente se

denomina *lagunas del derecho*, *vacíos legales* o situaciones no regladas legalmente. Es decir, ante a la ausencia de ley o inexistencia de ley se recurre a la costumbre. El ejemplo más común que podemos citar es el del nombre de las personas, ya que en nuestro país antes que se dictara la ley 18.248 (primera ley que reguló el nombre de las personas humana) todo el régimen jurídico estaba sustentado en la costumbre de la región, que los jueces reconocían fuerza obligatoria.

La costumbre *contra legem* es la costumbre que va en contra de la ley y, como tal, carece de valor jurídico. Sin embargo, no podemos afirmar un hecho ficticio y negar su existencia. En efecto, el desenvolvimiento de la sociedad tiene muchos matices y en algunas oportunidades los tribunales – ante situaciones excepcionales – se encontraron obligados a admitir ese tipo de costumbre. Para ejemplificar podemos citar un antiguo fallo de la Cámara Civil que ha decidido que el art 116 del antiguo Código de Comercio que disponía que “ningún rematador podrá admitir posturas por signo ni anunciar puja alguna sin que el mayor postor la haya expresado en voz clara e inteligible”, ha quedado derogado por la práctica que admite posturas por señas, por consiguiente, el postor que lo ha hecho de esa manera no podrá invocar aquella disposición legal para pretender que no está obligado a comprar.

La costumbre como fuente del derecho en el antiguo Código Civil y en la actualidad:

Originalmente, el Código Civil en su redacción inicial (art 17) vedaba no sólo la costumbre *contra legem* sino también la *praeter legem*. Es decir, que la solución que adoptaba era que la costumbre no podía ser fuente de derecho, a menos que la misma ley la convalide.

La ley 17.711, posteriormente, modificó la redacción original del art 17 del CC y recogió el principio de que la costumbre es fuente del derecho aún en ausencia de ley, es decir reconocía como fuente del derecho la costumbre *secundum legem* y *praeter legem*. La norma decía así: Los usos y

costumbres no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente.

Actualmente, el art 1 del Código Civil y Comercial de la Nación, en la parte final, invoca a la costumbre como fuente del derecho y dice: “Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

Es decir, mantiene el reconocimiento como fuente del derecho que disponía el art 17 del CC reformado por la ley 17.711 respecto de la costumbre *secundum legem* y *praeter legem* y desconoce el valor jurídico de la costumbre contraria a derecho. Sin embargo, existen diferencias en la redacción, por cuanto cambia la expresión “no pueden crear derechos” por un enunciado afirmativo “son vinculantes”, menciona no sólo los usos y costumbres, sino también las prácticas e introduce la expresión “contraria a derecho” lo que constituye una extensión superior a la mera oposición a la ley.

La prueba de la costumbre:

En torno a este tema existen distintas posturas, ya que algunos sostienen que quien fundamenta su derecho con sustento en la costumbre debe probar su existencia por cuanto se trata de hechos y como tales deben demostrarse, a menos que fueren notorios.

Otros autores sostienen que la costumbre constituye una norma jurídica y el juez debe aplicarla de oficio sin necesidad de requerir su prueba. Sin embargo, lo cierto es que en varias ocasiones el juez puede desconocer la costumbre que se invoca, tal es el caso que refiera a una actividad muy específica. En tales casos, no puede prescindir de la prueba de la costumbre que se invoca como sustento del derecho que se reclama.

Los medios de prueba de la costumbre pueden ser variados, dependiendo de la práctica social que se trate de acreditar. En general, las pericias (ya sean contables, técnicas, medicas etc.) o la prueba de informes

son más suficientes que la prueba testimonial, que también se puede ofrecer.

LA LEY

La ley tiene dos acepciones:

- Desde un punto de vista MATERIAL o SUSTANCIAL: ley es toda regla social obligatoria, emanada de autoridad competente. Por consiguiente, no sólo son leyes las que dicta el Poder Legislativo, sino también la Constitución, los decretos, las ordenanzas municipales, los edictos policiales.
- Desde un punto de vista FORMAL, se llama ley a toda disposición sancionada por el Poder Legislativo, de acuerdo con el mecanismo constitucional. En este sentido, no sólo son leyes las normas de carácter general, obligatorias para todos los habitantes, sino también ciertos actos de autoridad, que carecen del requisito de la generalidad y que a veces se traducen en un privilegio en favor de determinada persona, como por ejemplo, una ley que otorga una pensión o la que da la concesión de un servicio público.

La ley se la puede definir -como fuente de derecho- como “una regla general establecida por la autoridad competente mediante la palabra escrita” (ACEPCION DE LEY EN SENTIDO MATERIAL)

Los caracteres de la ley son:

GENERALIDAD: porque contempla un número indeterminado de hecho y se aplica a cualquier persona que lo realice.

OBLIGATORIEDAD Y COERCITIVIDAD: existe la obligación de obedecer lo que mandala ley, y, en caso contrario, se aplica la sanción que la propia ley establece.

DE ORIGEN PUBLICO: porque emana de autoridad pública competente. Debe ser dictada por el órgano del estado constitucionalmente llamado a dictar normas.

CLASIFICACION DE LAS LEYES

Las leyes en sentido amplio pueden clasificarse en:

NACIONALES Y PROVINCIALES: según sean dictadas por el Congreso Nacional (para regir en todo el país) o por las legislaturas provinciales (para regir en el territorio de una provincia).

PROHIBITIVAS y DISPOSITIVAS: según prohíban o impongan la realización de algún acto.

IMPERATIVAS y SUPLETORIAS: Son imperativas las que prevalecen sobre cualquier acuerdo de voluntades de las personas sujetas a ellas, deben cumplirse aun cuando ambas partes prefieran no hacerlo. En algunos casos asumen forma de mandatos o de prohibiciones. Las supletorias suplen el silencio de las partes. Son numerosas en materia de contratos. Solo tienen validez en el caso en que las partes no hayan dispuesto nada sobre ciertas consecuencias que no hayan previsto, de ahí que se llaman supletorias. También son denominadas interpretativas porque el legislador procura interpretar lo que hubieran establecido los contratantes. Si de ello no están de acuerdo, pueden dejarlo sin efecto disponiendo otra cosa.

PERFECTAS e IMPERFECTAS: las leyes perfectas establecen la nulidad de lo hecho ante el incumplimiento de la ley. Las segundas no contienen sanción alguna para el caso de incumplimiento.

JURISPRUDENCIA

Definición e importancia como fuente:

El término jurisprudencia (*iuris prudentia*) significa ciencia del derecho, pero actualmente lo utilizamos para denominar a los fallos concordantes de los jueces, que sirven como precedentes para futuros pronunciamientos.

Para hablar de jurisprudencia, como fuente del derecho se debe presentar

un fenómeno que consiste en que las decisiones de los órganos jurisdiccionales del Estado (Poder Judicial) se manifiestan de manera reiterada y uniforme influyendo de manera tal que un juez o quien deba interpretar un caso similar (interprete) acuda a dicho precedente (antecedente) para otorgar sentido jurídico y alcanzar la objetividad de su decisión. No obstante, algunas veces, no es necesario que dicho fenómeno exista sólo frente a fallos coincidentes y reiterados, dado que puede ocurrir que un único fallo adquiriera el carácter de precedente o, como se suele decir, sienta jurisprudencia. Es lo que en el derecho anglo-sajón denominan *leading case* (caso principal) para mencionar a ese único caso que inicia una tendencia.

En la práctica judicial, la jurisprudencia es una fuente sumamente utilizada por los operadores del derecho. Ello, por cuanto, dentro de las numerosas interpretaciones que puede tener un texto legal la más beneficiosa, en definitiva, va a ser la que efectúe el Poder Judicial, ya que es la autoridad final en lo referente a la interpretación de la Constitución y las leyes.

Sin embargo, la jurisprudencia no siempre es uniforme, ya que una misma ley puede ser interpretada de modo distinto por los tribunales de distintas jurisdicciones territoriales, e inclusive la interpretación suele ser dispar dentro de la misma jurisdicción. No obstante, existen recursos que

permiten que la jurisprudencia sea más uniforme tales como el recurso extraordinario, el recurso de casación y el recurso de inaplicabilidad de la ley.

Clasificación:

La doctrina clasificó la jurisprudencia de la siguiente forma: *Jurisprudencia extensiva*: es la que incluye en la norma legal situaciones no previstas por el legislador. *Jurisprudencia restrictiva*: es la que excluye del imperio de la norma legal situaciones comprendidas materialmente en la misma. *Jurisprudencia deformante*: es la que "deforma" o desvía el sentido de la norma legal para satisfacer lo que estima una necesidad de la vida. d) *Jurisprudencia derogatoria*, es la que elabora el régimen a que ha de sujetarse cierta situación, contraviniendo lo dispuesto por la ley.

Mecanismos que permiten que la jurisprudencia sea uniforme:

En principio podemos afirmar que existe un proceso espontáneo, pero lento de unificación de la jurisprudencia que se da en diversos casos, a saber: cuando los fallos adquieren prestigio por la doctrina que sustentan y la jerarquía del tribunal y los siguientes fallos lo utilizan como precedente de manera continua y generalizada.

Esta problemática que presenta la jurisprudencia en cuanto a su lentitud en la uniformidad y la inseguridad que genera la posibilidad de formación de diversos criterios jurisprudenciales según el fuero y jurisdicción sumado a la inestabilidad en las relaciones jurídicas condujeron a implementar diversos medios que tienden a asegurar la uniformidad jurisprudencial.

Dichos medios establecidos por la ley o la Constitución centran sus fundamentos en distintas pautas, a saber: I) delegar en un determinado tribunal la interpretación de las normas cuya uniformidad se desea lograr, para lo cual se debe interponer un recurso ante el mismo y, en cada caso en que la persona entienda que en el fallo que dictaron en su juicio se interpretó y aplicó incorrectamente la ley. En este sentido tenemos: la casación estricta

y el recurso extraordinario (ley 48) y el denominado recurso de inaplicabilidad de la ley o doctrina legal de la provincia de Buenos Aires y de otras provincias; II) establecer una jurisprudencia obligatoria en ciertos fallos de cierto tribunal o tribunales para todos los jueces jerárquicamente subordinados al mismo, como es el caso del fallo plenario.

La exclusión del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN):

Los autores y estudiosos del Derecho siempre han discutido si la jurisprudencia debe o no ser considerada como fuente, en el entendimiento que lo que hace el juez al dictar un fallo es interpretar y aplicar la ley. Lo cierto es que, si bien en nuestro sistema no es una fuente formal, en el sentido que no es obligatoria (excepto en el caso de Fallo Plenario), sí lo es como fuente material.

Sin embargo, la jurisprudencia no fue considerada fuente del derecho dentro del art. 1 del C.C. y C.N. quizás para evitar que se la confunda con una fuente formal. Además, tal como se advierte en los debates parlamentarios las discusiones se plantearon entre la supremacía de la ley y la necesidad de su control por parte de los jueces en resguardo de los principios superiores.

Sin perjuicio de la falta de mención en el C.C. y C. N. lo cierto es que la jurisprudencia es de suma utilidad para los estudiosos del derecho.

LA FINALIDAD DE LA NORMA

El art.1, luego de establecer que los casos que el Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme la CN y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, agrega “A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma”.

Generalmente se vincula la finalidad de la norma con la intención o propósito que tuvo el legislador y, por ello, se recurre a las discusiones parlamentarias para entender la finalidad de la norma. Sin embargo, la propia ley establece objetivos y valores, por lo que conviene dar preferencia

a las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación por encima de la intención histórica.

DOCTRINA

En el derecho romano, a partir de la época del emperador Augusto, se concedió a ciertos juristas de gran prestigio el poder de evacuar consultas, con fuerza obligatoria no sólo para el caso concreto que se consultaba, sino también para lo sucesivo; en el fondo, era una verdadera ley. Este poder se llamaba *jus publice respondendi ex auctoritate principum*. Sin embargo, si varios juristas munidos de esta facultad se expedían sobre un mismo punto en sentido divergente, su opinión no era obligatoria.

Esta curiosa institución, que da la medida del respeto que el pueblo romano tenía por sus jurisconsultos, pasó a algunas legislaciones antiguas y, cosa singular, se halla todavía en vigencia en el Derecho catalán, cuya constitución da fuerza legal a las opiniones de los autores; pero trata de una vigencia más bien teórica que práctica, porque el Tribunal Supremo sólo las acepta cuando son uniformes y aplicadas constantemente por los tribunales; pero en este caso, no es ya la doctrina, sino la jurisprudencia, la que sirve de fuente.

En el derecho moderno, la doctrina de los tratadistas carece de toda fuerza obligatoria, como es natural; sin embargo, su opinión suele ser citada con frecuencia en los fallos de los tribunales y en los fundamentos de las mismas leyes. De ahí que pueda decirse que la doctrina es una importante fuente mediata del derecho. Su valor depende del prestigio y autoridad científica del jurista que la ha emitido; si se trata de la interpretación de una ley y los más autorizados juristas opinan unánimemente en el mismo sentido, es difícil que los jueces se aparten de esa solución.

El estudio de este texto se complementa con la lectura obligatoria del art 1 del Código Civil y Comercial de la Nación y el Comentario del mismo que indicamos como material de lectura

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION COMENTADO TOMO I- RICARDO LUIS LORENZETTI DIRECTOR- EDITORIAL RUBINZAL – CULZONI EDITORES

TRATADO DE DERECHO CIVIL PARTE GENERAL – GUILLERMO BORDA- DECIMA EDICION - EDITORIAL PERROT - BS. AS

TRATADO DE DERECHO CIVIL PARTE GENERAL –LLAMBIAS- DECIMO SEXTA EDICION- EDITORIAL PERROT - BS. AS