

**Título Preliminar – Capítulo I- (Libros Varios)**

**FUENTES DEL DERECHO**

**Por Dra. María Daniela Marino.**<sup>1</sup>

**Las Fuentes del Derecho en el Anteproyecto.**

El Anteproyecto realiza modificaciones en cuanto a las fuentes del derecho.

En efecto, su texto establece:

*“ARTÍCULO 1º.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República Argentina sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. 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.”*

*“ARTÍCULO 2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”*

**Las fuentes del derecho en el Código Civil Actual.**

*“ARTICULO 16.- 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*

---

<sup>1</sup> Abogada. Profesora de Derecho Procesal Civil y Comercial y de Derecho Internacional Público en la Universidad de La Matanza.

*cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.”*

*“ARTICULO 17.- Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente.”*

**Así las cosas, el objeto de la presente ponencia radica en analizar la modificación efectuada, teniendo en consideración la inclusión de la jurisprudencia dentro del artículo relativo a fuentes del derecho y no dentro de las previsiones del artículo siguiente, de interpretación de la ley.**

**Ello, teniendo en consideración que esta inclusión conforme esa redacción, podría dar lugar a que se interprete que la jurisprudencia es una fuerza formal del derecho.**

### **De las fuentes del Derecho**

Como es sabido, las fuentes de derecho han sido tema de debate en la mayoría de los ordenamientos, existiendo diversas clasificaciones.

Una de las clasificaciones tradicionales las ha dividido en fuentes **materiales** y **formales**.

Respecto de las primeras se ha dicho que son situaciones de hecho que determinan el origen material de la norma, como puede ser una situación política, económica y social; Es decir, que las fuentes materiales aluden a la idea, causa u origen de las fuentes formales.

En relación a las segundas, se sostiene que se refieren al procedimiento de creación de la norma, a las leyes que dicta el **poder legislativo** de conformidad con el proceso constitucional fijado.

Asimismo, existen normas de carácter general que no son fuentes en sentido formal, por cuanto regulan o reglamentan sectores importantes de la actividad de los particulares, como los decretos del Poder Ejecutivo y las acordadas del Poder Judicial.

**En nuestro sistema jurídico, la ley es fuente formal del derecho.**<sup>2</sup> y <sup>3</sup>

Otra clasificación tradicional de las fuentes, las divide en **directas**, entre ellas la ley, que no es más que la manifestación de la voluntad colectiva puesta una norma imperativa que impone un obrar; e **indirectas**, la razón, causa u origen de las fuentes directas.

En general en la Argentina, se entiende que son fuentes formales del derecho, la ley y los contratos; y que la jurisprudencia, la equidad, los usos y costumbres, los principios generales del Derecho y la doctrina, son instrumentos interpretativos de las mismas.

### **Jurisprudencia.**

La importancia del análisis, radica en que justamente, la jurisprudencia - conjunto de pronunciamientos judiciales- ha sido la más controvertida de las fuentes del derecho en los diferentes sistemas jurídicos, discutiéndose su importancia como tal.

Ello, toda vez que en la teoría del derecho se discrepa a la hora de determinar si la decisión judicial, integra el sistema jurídico en carácter de norma.

---

<sup>2</sup> CATENACCI, Imerio Jorge. Introducción al Derecho. Editorial Astrea. Bs. As. 2006. Págs. 281 y 282

<sup>3</sup> La norma suprema del derecho argentino es la Constitución Nacional Argentina que regula el funcionamiento de los poderes públicos y los derechos fundamentales de los argentinos. La Constitución, además de poseer carácter de norma jurídica directamente aplicable por el Poder Judicial, goza de una supremacía material que condiciona los contenidos del resto de normas

Kelsen consideraba que al aplicar las normas generales, el juez creaba derecho al dictar la norma individual que resuelve el caso.

Para la concepción dogmática, en cambio, el fallo judicial no es una norma sino un acto destinado a aplicarla, y de ser necesario, interpretarla. Es decir, que el juez declara el derecho no lo crea.

Consecuentemente, para esta concepción, el sistema jurídico está compuesto sólo de normas generales, no integrando el mismo los fallos judiciales.

**Así las cosas, resulta insoslayable recordar que existen diversos sistemas jurídicos y que los mismos han otorgado a la jurisprudencia un papel diferente dentro del derecho.**

El **sistema anglosajón o Common Law**, -Derecho Común-, -sistema jurídico derivado del que se aplicó en Inglaterra medieval a los anglos y sajones, y es que el hoy tienen o tenían los países cuyos territorios estuvieron bajo la influencia británica-, aplica preferentemente los precedentes judiciales sobre la ley. El juez para resolver su caso debe recurrir a un precedente o fallo anterior.

En virtud de que el derecho inglés es un derecho creado por los jueces (judge made law), eminentemente, la jurisprudencia (Case law) es su primer fuente, de la que deriva la autoridad de la regla de obligatoriedad del precedente judicial (Stare Decisis).

A su vez, para que esta regla sea operativa, es necesario que los jueces y abogados conozcan los casos y éstos se puedan consultar en los reportes judiciales (Law Reports), por lo que se constituyó un organismo creado y compuesto por abogados que se encargan de su compilación y publicación.

Es decir, que el sistema establece la regla del precedente o rule of precedent.

**En el sistema inglés la jurisprudencia crea y aplica normas de tal suerte que fuera de la jurisprudencia no existe el derecho inglés.**

Por otra parte, el sistema de precedentes es vinculante sólo si emana de los tribunales superiores.

El sistema se basa en el análisis detallado de las sentencias de las cuales se induce la norma, estudio que termina en la elaboración de un caso típico, el cual se compara con la situación en estudio para ver si es similar o no.

Es así, que la ley común o Common Law va a ser elaborada para toda Inglaterra por la obra exclusiva de las cortes reales de justicia.

En consecuencia, el derecho inglés es un sistema abierto que supone un método que permite resolver cualquier cuestión que se plantee y carece de normas sustantivas para cualquier circunstancia. <sup>4</sup>

En cambio el sistema romanista o continental -países europeos y latinoamericanos- los jueces aplican el derecho escrito, siendo la jurisprudencia una fuente material no obligatoria para otros jueces.

El sistema se basa en la existencia de códigos y legislación particular, manteniendo el principio originado en la revolución francesa de que el derecho está en la ley.

Es así, que la función del juez en este sistema consiste en aplicar la norma general al caso particular.

**Como es sabido, en la Argentina hemos adoptado el sistema continental. En virtud del mismo, la jurisprudencia es un conjunto de pronunciamientos dictados a fin de interpretar las normas jurídicas, y su aplicación y adaptación al caso**

---

<sup>4</sup> Torres Zárate. García Martínez Francisco. Common Law una reflexión Comparativa entre el Sistema Inglés y el Sistema Estadounidense.

concreto. Es decir, que de ninguna manera, puede la jurisprudencia crear normas de contenido general o para toda la comunidad.

La jurisprudencia, constituye en tal caso, una fuente de interpretación, en cuanto aclara la forma como debe entenderse una norma jurídica, en el caso concreto; pero no es vinculante, en el sentido que la interpretación sostenida en un caso puede variar en otro.

Ahora bien, la inclusión de la jurisprudencia dentro del artículo de fuentes del derecho, y no obstante que parecería que al mencionar la misma se haría referencia a un modo de interpretación de la ley, puesto que también el artículo previamente refiere que la interpretación de la ley debe ser conforme con la Constitución Nacional y los Tratados en los que la República Argentina sea parte, aclarándose que a tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso; y siendo además, que el artículo siguiente sí establece como debe ser la interpretación de la ley; considero que la redacción actual puede dar lugar a confusión.

En ese orden de ideas, puede acontecer que se pretenda dar a la jurisprudencia el carácter de fuente formal de nuestro derecho.

Ello, implicaría que los jueces podrían entonces, al resolver los casos, dictar normas de carácter general y no solamente para el caso particular.

Esta circunstancia sería contraria al sistema jurídico continental que hemos adoptado y principalmente contraria a la división de poderes establecida en nuestra Carta Magna, toda vez que si se entendiera a la jurisprudencia como

**fuente formal del derecho, los jueces se convertirían en legisladores produciéndose una violación al proceso establecido constitucionalmente para el dictado de la norma.**

**Es así, la redacción debe ser inequívoca en este aspecto, atento que podría encontrarse en juego, ni más ni menos que la división de poderes esencial en nuestro estado de derecho.<sup>5</sup>**

**Por lo expuesto, considero que debe modificarse la redacción del artículo primero del anteproyecto eliminado a la jurisprudencia de su redacción e incluyendo a la misma en el artículo segundo, específicamente de interpretación de la ley.**

**DRA. MARIA DANIELA MARINO**

---

<sup>5</sup> La división de poderes, idea fundamental en el pensamiento liberal, es el eje del sistema político