

como sujeto de derecho sin distinción de calidades accidentales, y de las relaciones jurídicas patrimoniales y familiares que lo tienen como sujeto, regulando las instituciones básicas y sirviendo por lo tanto como punto de conexión de las demás ramas del derecho privado.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

ALTERINI, Atílio Anibal – LÓPEZ CABANA, Roberto, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Buenos Aires, 1989; CALCANO, Francesco, *Historia del derecho mercantil*, trad. de Joaquín Bisbal, Madrid, 1981; GARIGUÉS, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 7ª ed., México, 1979; IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de derecho privado*, 8ª ed., Barcelona, 1983; LLAMAS POMBO, Eugenio, *Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho civil*, Rubinzal-Guilzoni, Santa Fe, 2002; RISOLLA, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato*, Buenos Aires, 1959.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

ALLENDE, Guillermo L., "Los códigos españoles como fuente de nuestro Código Civil", LL 1981-C-1015; ALTERINI, Atílio Anibal, "Desmasificación de las relaciones obligacionales en la era postindustrial", LL 1989-C-955; ANDORNO, Roberto L., "Impacto tecnológico y masificación social en el derecho privado", LL 1990-C-890; DE TRAZEGNIES, Fernando, "El Derecho civil ante la postmodernidad", JA 4/4/1990; DÍAZ, Rodolfo, "Una acordada 'alberdiana'. La unidad de análisis económico", LL 2009-F-1197; DIEZ PICAZO, Luis, *Derecho y masificación social. Tecnología y evolución histórica del derecho mercantil*, ADC 1984-369; GOLLISTAS Y LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO MERCANTIL", ADC 1984-369; GOLDBERG, Isidoro H., "Impacto tecnológico y masificación social en el derecho privado", LL 1989-E-872; RIVERA, Julio César, "Derecho privado constitucional", RDPC n. 7, p. 27 y ss.; RIVERA, Julio César, "Economía e interpretación jurídica", LL 2002-D-1163; SOLA, Juan Vicente, "La Corte Suprema y el Análisis Económico del Derecho", LL 25/9/2009, LL 2009-E-1223.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CSN, "Asociación Lucha por la Identidad Transvesti Transexual c/ Inspección General de Justicia", 22/1/2006, Fallos 329:5266.
CSN, "Bortillo, Alfredo s/ inf. art. 44 ley 17.531", 18/4/1989, Fallos 312:496.
CSN, "Ariola, Sebastián y otro s/ causa 9080", 25/8/2009, Fallos 332:1963.
CSN, "Mujeres por la Vida Asociación Civil sin Fines de Lucro – filial Córdoba c/ E.N.-P.E.N.– Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo", 31/10/2006, Fallos 329:4593.
CSN, "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Eldia y otros s/strucción de menores de 10 años – causa n. 46/85 A", 11/8/2009, Fallos 326:3758.
CSN, "Evelin Karina Vázquez Ferrá s/ 30/9/2003, Fallos 326:3758.
CSN, "Halabi, Ernesto c/ PEN", 24/2/2009, Fallos 332:111.

CAPÍTULO II FUENTES DEL DERECHO CIVIL

1. FUENTES DEL DERECHO. INTRODUCCIÓN

1. Concepto

La palabra fuente significa manantial, lugar de donde brota el agua; llevado este concepto al Derecho sigue manteniendo su sentido original aunque aplicado de modo figurado.

En este sentido puede ser utilizada la palabra fuente en varias acepciones.

La primera alude al hontanar en el que ha abrevado el legislador para redactar una determinada norma; se refiere entonces al origen de la norma; así se dice que el art. 1001 del CCyC tiene como fuente al art. 941 del Proyecto de 1998.

Pero la que nos interesa ahora, responde a la idea de dónde o cómo nace el Derecho vigente en un momento determinado, es decir cuáles son las formas de producción o creación de las normas jurídicas obligatorias en un Estado, y que constituyen por lo tanto su derecho positivo.

En síntesis, cómo se positiviza en normas el Derecho. Este concepto, que habíamos desarrollado en nuestras Instituciones de Derecho Civil aparece ahora consagrado en el Título Preliminar del CCyC que distingue el Derecho y la ley, atribuyendo a esta última el carácter de fuente de aquél.

2. Clasificación

Las clasificaciones de las fuentes son diversas según los autores que examinan el tema. Entre nosotros, los civilistas suelen distinguir exclusivamente entre fuentes formales —que algunos autores denominan fuentes directas— y fuentes materiales.

La fuente formal del Derecho es la dotada de autoridad, de obligatoriedad en virtud del mandato del mismo ordenamiento legislativo. Desde este punto de vista la ley es la principal fuente del Derecho. Pero, como la costumbre también suele ser reconocida por el ordenamiento como obligatoria, bajo ciertas circunstancias, se la incluye entre las fuentes formales. Algunos autores suelen incluir también a la jurisprudencia dentro de las fuentes formales del Derecho, al menos cuando las soluciones dadas por los jueces son obligatorias para otros tribunales u otros jueces.

Fuente material es, en cambio, la que no tiene autoridad u obligatoriedad nacida del mismo ordenamiento positivo, pero que constituye factor o elemento que contribuye a fijar el contenido de la norma jurídica, al conocimiento del Derecho y a su más certera aplicación. Se incluyen acá la jurisprudencia, también según algunos autores, y la doctrina.

3. Cuáles son las fuentes del Derecho. El título preliminar del CCyC

La doctrina universal se encuentra sumamente dividida en torno del problema de la enumeración de las fuentes, pudiendo encontrarse posiciones monistas que reducen todas las fuentes a la ley; posiciones pluralistas intermedias que incluyen a la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina hasta un pluralismo exacerbado que multiplica el número de fuentes.

El CCyC aborda la cuestión en el Título Preliminar, y concretamente en el art. 1 que dice: "Fuentes y aplicación. 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 cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

Cabe señalar que el texto vigente contiene cambios significativos con relación al Anteproyecto elevado por la Comisión redactora, pues esta aludía a los tratados sin la calificación "de derechos humanos", y luego decía: "A tal efecto se tendrá en cuenta la jurisprudencia según las circunstancias del caso", texto que fue sustituido por "A tal efecto se tendrá en cuenta la finalidad de la norma".

4. Juicio crítico sobre el art. 1 del CCyC

a) Distinción entre Derecho y ley

Hemos señalado que el CCyC distingue "derecho" y "ley"; ello se trasunta de la mera denominación de los dos capítulos del Título Preliminar.

Los Fundamentos también se explayan sobre el punto diciendo: "El Anteproyecto distingue normativamente el derecho de la ley. Una identificación entre ambos no es admisible en el estado actual de la evolución jurídico-filosófica. ... Por esta razón, se incluye un Título relativo al derecho, y otro referido a la ley como fuente principal".

Con ello, el Título Preliminar se aleja del positivismo legalista imperante en el siglo XIX, y que tuviera amplia repercusión en la doctrina argentina durante el siglo XX, y se lo reemplaza por un planteamiento conocido como "principalista" o de la "razón práctico-prudencial" (Rabbi Baldi), en el que el Derecho aparece comprendiendo un conjunto de reglas, principios y valores.

Ello intenta reflejarse en los arts. 1 y 2, aunque no sin ciertas inconsistencias porque pese al alejamiento del modelo positivista legalista, la jurisprudencia y la equidad no aparecen siquiera mencionadas como fuentes ni como criterios de interpretación. A estas ausencias nos referimos más adelante.

b) Enumeración del art. 1. Importancia de la ley

Es obvio que la ley es la fuente primordial del Derecho. Y en la noción de ley en sentido material incluímos la Constitución, los Tratados, y las leyes propiamente dichas.

El art. 1 alude a los tratados de derechos humanos. Como ya hemos señalado, el Anteproyecto aludía a los tratados sin otro aditamento, pues es obvio que en el derecho argentino todos los tratados

son fuente de derecho, y tienen una jerarquía superior a la de la ley. Así lo expone la Constitución Nacional en los arts. 31 y 75, inc. 22 primer párrafo. De modo que el agregado hecho por el Congreso al texto original es inconducente: tanto son fuente de derecho la Convención sobre Eliminación de Toda Forma de Discriminación de la Mujer como la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías o los tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

c) La supresión de la jurisprudencia de la enumeración del art. 1

El Anteproyecto presentado por la comisión mencionaba expresamente a la jurisprudencia en el art. 1, previendo que en la aplicación de las leyes ella debía ser tenida en cuenta en consonancia con las circunstancias del caso.

Sin mayor explicación, la mención de la jurisprudencia ha desaparecido del texto del Código sancionado.

La supresión es doblemente criticable.

Por un lado porque la jurisprudencia tiene en nuestro sistema jurídico un arraigado reconocimiento como fuente del derecho. Hemos dicho en otra obra que más allá de los debates teóricos sobre su carácter o naturaleza, lo cierto es que ningún abogado deja de conocerla y muchas veces se preocupa mucho más por encontrar la cita de una sentencia dictada en un caso análogo al que le toca defender que en citar la ley.

Por otro, porque el Anteproyecto disponía la utilización de la jurisprudencia en el contexto de las circunstancias del caso, como lo hacía el art. 16 del Código Civil de Vélez Sarsfield con marcado acierto al referirse a la aplicación de los principios generales.

d) Una incógnita: "la finalidad de la norma"

El art. 1 ha sustituido la mención de la jurisprudencia por un texto que dice: "*A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma*".

Esta frase aparece desubicada pues la "*finalidad de la norma*" no es una fuente, sino un criterio de interpretación, denominado finalista o teleológico, que por lo demás está incluido en el art. 2.

Con lo que se ha incurrido en un grave desacierto nada menos que en el artículo que abre el Código.

e) Rol de los usos, prácticas y costumbres

Si bien más adelante trataremos sobre esta fuente, anticipamos que pese al texto del art. 1 del CCyC, en doctrina se sigue distinguiendo los usos y prácticas de la costumbre.

Los usos y prácticas están generalmente relacionados con lo que suelen hacer los comerciantes o profesionales de determinada actividad; son los denominados usos del tráfico o convencionales. La costumbre es un uso que es considerado jurídicamente exigible.

f) Los denominados principios generales del Derecho

El Código Civil de 1869 disponía en su art. 16 dice que: "*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*".

De modo que la doctrina reconocía a los principios generales como una fuente de derecho.

El art. 1 omite la mención de los principios generales, limitándose a aludir a "los principios y los valores jurídicos" como un medio de interpretación de la ley en el art. 2.

De todos modos anticipamos que en los Fundamentos se alude al rol integrador del ordenamiento que tienen los principios generales, y que a nuestro juicio ellos siguen siendo una fuente de derecho en nuestro sistema de derecho privado.

5. La jerarquía de las fuentes

Hay dos sentidos para hablar de jerarquía de fuentes. En sentido propio, alude a la jerarquía entre reglas de distinto origen (costumbre y ley), y en sentido impropio refleja las relaciones entre reglas del mismo origen, estableciendo, por ej., que la ley es superior al decreto y éste a la ordenanza.

En sentido propio no existe duda, hoy en día, que la ley es la principal de las fuentes del derecho objetivo, ya que, en definitiva, sólo la fuente legislativa produce Derecho sin límites. La costumbre y la jurisprudencia son siempre fuentes limitadas y los límites están establecidos por la misma ley, que puede dejar sin efecto una costumbre inveterada, o una jurisprudencia establecida.

II. LA LEY

6. Concepto

En una definición clásica, Suárez dice que la ley es el precepto común, justo, estable, suficientemente promulgado. *Justo* quiere decir, en este caso, igualdad de tratamiento de situaciones iguales. *Común* significa que se trata de una norma formulada en términos generales, en el sentido de haberse establecido para un número indeterminado de actos. *Suficientemente promulgado* hace referencia a que ha de haber sido establecido por el legislador conforme al mecanismo constitucional.

No hay que olvidar además, que la ley es obligatoria como uno de sus caracteres principales; la ley no se limita a dar consejos sino que tiene juridicidad, y ello supone obligatoriedad y sanción si no se respeta esa obligatoriedad. Efectuada esta precisión en términos generales, analizaremos los caracteres de la ley.

7. Caracteres. Enumeración

De acuerdo con la definición dada y a la evolución posterior de la doctrina, puede decirse que los caracteres de la ley son: su obligatoriedad, su generalidad, su justicia y su autenticidad.

8. La obligatoriedad

Es el carácter imperativo de la ley, es decir que como consecuencia de haber sido establecida por el Estado, obliga a todos; es lo que dispone el art. 4 del CCyC al establecer que las leyes son obligatorias para todos los que habiten el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales.

Todas las leyes son obligatorias, aun las meramente supletorias o permisivas. Las supletorias, porque si bien se aplican en caso de silencio de la voluntad de las partes, sólo esas leyes y no otras pueden ser observadas en el supuesto de silencio de la convención. Y, cuando las partes estatuyen de modo diverso al regulado por las leyes supletorias, no derogan ni infringen esta ley, sino que sólo usan, fuera de ella, el lado de la autonomía de la voluntad que las mismas leyes le reconocen.

Se dice, también, que la orden existente en las leyes permisivas no va dirigida a los particulares sino a los jueces; es una doble orden: una para que los jueces escuchen las convenciones de las partes, y otra para que suplan las omisiones del convenio conforme a lo que en la ley esté dispuesto. Respecto de las permisivas también son obligatorias, aun cuando se limiten a dar un permiso, pues ese permiso implica de hecho la supresión de una prohibición anterior, o la prohibición de hacer lo que no es permitido o de hacerlo de modo diverso al permitido.

9. La generalidad

La generalidad hace referencia a que la ley se establece para un número indeterminado de personas o de hechos, no siendo imprescindible que se aplique a todos los habitantes, pero sí que su aplicabilidad a los sujetos contemplados sea indefinida, general y abstracta, que no se agote en un caso (Lambías); la norma vinculada a un acto determinado o a una persona determinada no es ley, salvo a lo mejor en sentido formal.

A la generalidad se liga la permanencia de la ley. No siendo ella dictada para un caso particular, la ley se aplica de manera permanente desde el día de su puesta en vigencia hasta su derogación.

10. Justicia

Como dijimos en el Capítulo I, el concepto de justicia se vincula a la igualdad; es decir, la ley debe tener un tratamiento igualitario para situaciones semejantes. Desde otro punto de vista, la justicia de la ley está también vinculada a su adecuación a la Constitución, es decir a la supremacía constitucional.

11. Autenticidad

La ley debe emanar del poder con función legislativa ejercido en forma legítima. En consecuencia el tema se relaciona con la sanción y la promulgación de la ley.

12. Clasificaciones de la ley

a) Ley en sentido material y en sentido formal

Ley en sentido material es toda norma general y obligatoria, emanada de autoridad competente. Se incluyen entonces la misma Constitución Nacional, los tratados cuando han sido incorporados al derecho interno por el mecanismo previsto en la Constitución, las leyes sancionadas por el Congreso de la Nación. Estas son leyes supremas de la Nación (art. 31 CN) y por ello las autoridades de provincia están obligadas a conformarse a ellas.

También entran en la categoría de leyes en sentido material las Constituciones provinciales, las leyes provinciales; y la legislación administrativa (decretos, ordenanzas, edictos) en la medida que emanen de las autoridades administrativas dentro del marco de sus competencias.

Ley en sentido formal es toda norma emanada desde el Congreso conforme al mecanismo constitucionalmente determinado.

Ley en sentido formal y ley en sentido material pueden coincidir, lo que sucede cuando la norma sancionada por el Congreso conforme al mecanismo constitucional es general y obligatoria; como el Código Civil, el Código Penal o la Ley de Traslantes.

Puede haber leyes en sentido material que no lo sean en sentido formal; tal un decreto reglamentario del Poder Ejecutivo o una ordenanza o edicto dictado por un municipio dentro de la órbita de su competencia.

Finalmente, pueden existir leyes en sentido formal, es decir sancionadas por el Congreso de la Nación conforme al mecanismo constitucional, pero que no lo son en sentido material; tal sucede cuando el Congreso da una pensión a una persona determinada en virtud de sus grandes servicios a la Patria u ordena erigir un monumento.

b) Leyes imperativas y supletorias

Ley imperativa es la que excluye o suprime la voluntad privada, de tal modo que la regulación que establece se impone a los interesados los cuales no pueden modificarla ni sustraerse a sus consecuencias; tal sucede en ciertos sectores del derecho de familia y de los derechos reales.

Las leyes supletorias en cambio respetan la iniciativa y la voluntad de los particulares, limitándose a reconocer los efectos de la voluntad o establecer los efectos de una regulación complementaria para el caso de que esa voluntad no se haya exteriorizado. El ámbito propio de las leyes supletorias es la materia contractual, donde el principio general es el de la autonomía de la voluntad de las partes (art. 958 CCyC).

c) Leyes internacionalmente imperativas

El CCyC dispone en el art. 2599 lo siguiente: "Normas internacionalmente imperativas. Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes.

Cuando resulta aplicable un derecho extranjero también son aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas, y cuando intereses legítimos lo exigen pueden reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presentan vínculos estrechos y manifestamente preponderantes con el caso".

El CCyC alude en este dispositivo a las denominadas leyes o normas de policía también llamadas de aplicación inmediata. Son normas que están destinadas a tutelar intereses de orden social, político o económico que el Estado se encuentra especialmente interesado en proteger. Se suelen mencionar las leyes sobre corrupción, tráfico de personas, tráfico de armas o estupefacientes; pero también operan en ámbitos tales como el comercio exterior o el mercado de divisas. Estas normas excluyen la aplicación del derecho extranjero que resuelve contradictorio con ellas.

d) Ley preceptiva y prohibitiva

Ésta es una clasificación que corresponde a las leyes imperativas.

La preceptiva es la que ordena positivamente una consecuencia jurídica forzosa, imponiendo determinados actos y prestaciones; por ej., la obligación alimentaria entre los parientes.

La ley prohibitiva es la que prohíbe algo, sin pronunciar una norma jurídica positiva que haya de regir en lugar de lo prohibido; por ej., la prohibición del matrimonio entre hermanos.

e) Ley complementaria e interpretativa

Ésta es una clasificación que corresponde a las leyes supletorias.

Las leyes complementarias suplen la falta o carencia de una manifestación de voluntad de las partes. Pueden referirse a un punto o tema de una relación jurídica (quién carga con los gastos de la locación de un inmueble), o a la integridad de ella (la sucesión intestada).

Leyes interpretativas son las que tienden a determinar la voluntad de las partes cuando ella se ha manifestado de manera dudosa o incompleta, por ej., el art. 1065 del CCyC.

13. Ley de orden público**a) Noción**

La caracterización del orden público es una materia extremadamente compleja, que ha dado lugar a la formulación de infinidad de doctrinas.

En general, puede decirse que hoy el orden público se identifica con lo que interesa al orden social, o a las instituciones fundamentales del Estado.

La caracterización de ciertas leyes como de orden público tiene, según los distintos ordenamientos, algunos efectos particulares, que nosotros expondremos con relación al Derecho argentino.

b) El orden público económico, el orden público social y otras caracterizaciones

Normalmente el orden público estuvo vinculado a las instituciones políticas del Estado, o a ciertas instituciones fundamentales como la familia.

Sin embargo en épocas recientes, se ha advertido la existencia de algunos aspectos particulares del orden público que permiten caracterizar lo que se denomina orden público económico u orden público social.

El orden público económico importa que el Estado puede regular, por vía de jurisdicciones excluyentes de la voluntad privada, ciertos aspectos de la economía, aun en lo tocante a los aspectos que normalmente quedan remitidos a la voluntad de las partes. Algunos autores lo califican como orden público de dirección.

El orden social u orden público social, también tiene una trascendencia muy importante en algunas ramas del Derecho; como el derecho laboral donde el Estado impone con carácter obligatorio la regulación de muchos aspectos del denominado contrato de trabajo.

También se alude en términos todavía más generales al orden público de protección de la parte débil; se aprecia su incidencia en la protección del consumidor.

Y, finalmente se habla del orden público de coordinación que comprende un conjunto de normas imperativas que controla la libertad en el ejercicio de los derechos, principalmente su adecuación a los valores esenciales del ordenamiento jurídico (Lorenzetti). Abarca principios como la buena fe y el abuso del derecho.

c) Orden público interno y orden público internacional

Las partes de una relación jurídica que se desenvuelve exclusivamente en el territorio de la República, no pueden prescindir de las disposiciones de orden público del derecho argentino; están obligadas por ellas (art. 12 CCyC).

Pero cuando la relación jurídica de fuente contractual se expande a través del territorio de dos o más Estados, las partes tienen en principio la posibilidad de elegir el derecho aplicable (art. 2651). De modo que si en un contrato entre una parte argentina y otra uruguayana se

elige el derecho uruguayo, se está excluyendo la aplicación de todo el derecho argentino, inclusive con sus normas imperativas o de orden público interno.

Pero esa exclusión no alcanza a las normas coactivas o de aplicación inmediata o también llamadas leyes de policía, ni a las que conforman el orden público internacional (art. 2652, inc. e).

La expresión orden público internacional alude a aquellos principios o normas del Estado que deben aplicarse aun en situaciones internacionales, y por lo tanto impide la aplicación de la ley extranjera (en esta orientación el art. 2600 CCyC).

d) Ley de orden público y ley imperativa

Advertida la dificultad de la caracterización del orden público, y por ende de la ley de orden público, alguna parte de nuestra doctrina tiende a identificar la ley de orden público con la ley imperativa (Borda; en el mismo sentido Castán Tobeñas). Lo cierto es que no toda norma imperativa es de orden público; verbigracia las que determinan las formas solemnes para determinados actos o las que regulan la tutela de los menores o la curatela de los insanos. Pero sí es exacto que toda ley de orden público es imperativa, es decir no puede ser dejada de lado por la voluntad de las partes (conf. Marty - Raynaud), con lo cual se define la característica más importante de la ley de orden público.

e) Quién determina que una ley es de orden público

Algunas leyes dicen expresamente que ellas son de orden público, y que por lo tanto son inderogables por los particulares. Ello ha llevado a algunos autores a sostener que el mismo legislador es el que debe calificar a la norma como tal; pero lo cierto es que tal criterio ha sido superado y es unánimemente reconocido hoy que el juez puede decir que una ley es inderogable para los particulares y como tal incluirá dentro de las leyes imperativas, una de cuyas especies es indudablemente la ley de orden público.

f) El orden público en el Derecho civil argentino

Distintas disposiciones del CCyC hacen referencia al orden público.

En particular debe señalarse el art. 12, conforme al cual las convenciones de las particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

No cabe duda de que este precepto sirve de clara apoyatura a la doctrina que, para superar las dificultades de la definición del orden público, las identifica con las leyes imperativas.

g) Orden público y ley extranjera

El orden público impide la aplicación de una ley extranjera. Lo dispone expresamente el art. 2600 del CCyC, que reza: "Orden público. Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiren el ordenamiento jurídico argentino".

14. Otras clasificaciones

a) Por la esfera territorial de aplicación

Existen normas de aplicación nacional, o sea que se extienden en su eficacia en todo el territorio nacional, y otras que se aplican sólo en determinadas provincias o municipios.

b) Por la materia que abarcan

Hay códigos de fondo y de forma; los códigos de fondo son el Código Civil y el Código de Comercio —hoy unificados— el Penal, el de Minería, y la Constitución autoriza también al Congreso Nacional a dictar el Código de Trabajo y Seguridad Social. Las leyes de forma o códigos de forma o adjetivos regulan la materia procesal, es decir la reglamentación del ejercicio de las acciones judiciales.

Esta distinción tiene una gran importancia en el Derecho nacional, pues los códigos de fondo son competencia de la legislatura nacional (art. 75, inc. 12 de la Constitución), mientras que los códigos de forma son competencia de las legislaturas locales, es decir, son dictados por las provincias.

III. LA FORMACIÓN DE LA LEY

15. Sanción

Es el acto por el cual el Congreso aprueba un proyecto de ley. En nuestro Derecho, la ley no es tal con la sanción, sino que requiere la promulgación por parte del Poder Ejecutivo.

La sanción debe seguir el mecanismo establecido por la Constitución Nacional, de tal modo que se produzca la aprobación del texto por la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores.

16. Promulgación

Es el acto por el cual el Presidente de la Nación atestigua la existencia de la ley y ordena a las autoridades que la cumplan y que la hagan cumplir en todas sus partes.

17. Veto

El veto es la atribución que da la Constitución Nacional al Presidente de la Nación para rechazar la promulgación de una ley sancionada por el Congreso de la Nación.

El veto puede ser total o parcial. En efecto, de la lectura del art. 80 de la Constitución Nacional se desprende claramente la facultad del Presidente de la Nación de desechar "en todo o en parte" un proyecto sancionado por el Congreso.

Los constituyentes de 1994 han seguido la doctrina establecida por la Corte Suprema en el caso Colella de 1967.

Sin embargo, debe señalarse que para la promulgación parcial es necesario observar un cauce formal predeterminado. En efecto, el art. 80 de la Constitución Nacional establece que en estos casos es de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3 CN).

18. Publicación

a) Vinculación con la obligatoriedad

En todos los regímenes positivos conocidos, se establece la obligación de que las leyes sean publicadas para conocimiento general,

y a esa publicación está sometida, por regla general, la entrada en vigencia de la ley.

La exigencia de la publicación se vincula a la idea de obligatoriedad de la ley; no puede ser obligatoria una ley que no puede ser conocida.

De todos modos lo cierto es que la obligatoriedad no se funda en el conocimiento de la ley a través de la publicación, sino en la necesidad social del cumplimiento de las leyes que en modo alguno, puede quedar al arbitrio de las situaciones subjetivas de las personas acerca del reconocimiento real de aquéllas.

b) Sistema del Código Civil

El art. 5 del CCyC dispone: "Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen".

c) Ley que establece fecha de vigencia pero no ha sido publicada

Esto puede suceder, pues en ocasiones la publicación de los diarios oficiales sufre interrupciones o retrasos.

La Corte Suprema nacional ha decidido que la ley entra en vigencia con independencia de la publicación, pues es facultad la legislación establecer desde cuándo entran en vigor las leyes.

d) Ley no publicada

La doctrina considera que el particular puede invocar frente al Estado los derechos que tiene en virtud de una ley no publicada; y el Estado no puede justificarse en la no publicación (conf. López Olaciregui; Luqui).

e) Leyes secretas

Hay ciertas leyes que no se publican, por cuanto pueden afectar la seguridad nacional. Por las materias a las que ellas se refieren estas leyes no pueden crear normas de derecho objetivo aplicables a los particulares.

f) *Publicación oficial*

Se entiende que es la hecha en el Boletín Oficial creado por ley 483 de 1870, si es una norma nacional.

g) *Entrada en vigencia de la ley sometida a reglamentación*

En algunos casos la misma ley subordina su entrada en vigencia al dictado de un decreto reglamentario; en este supuesto mientras no se sancione el decreto, la ley no entra en vigor.

Pero, puede suceder que ello no haya sido dicho expresamente y, sin embargo, un decreto reglamentario sea preciso; en este caso se considera que el principio es que la ley resulta inmediatamente ejecutoria, aun cuando ella prevea actos reglamentarios relativos a su ejecución, desde el instante que ella no ha especificado que su aplicación estaría subordinada a la publicación de dichos actos. Sin embargo se admite también que la subordinación puede ser implícita y, por lo tanto, se deba diferir necesariamente la puesta en vigor de la ley, cuando su texto, no siendo suficiente por sí mismo, necesite ser completado.

IV. LA JERARQUÍA DE LAS NORMAS

19. Supremacía de la Constitución

Siguiendo las enseñanzas de Bidart Campos, podemos decir que la expresión *supremacía constitucional* apunta a que la Constitución Nacional, revestida de *supra* legalidad, obliga a que las normas y los actos estatales se ajusten a ella; todo el orden jurídico político del Estado debe ser congruente o compatible con la Constitución formal.

Dada la estructura general del Estado, la supremacía constitucional reviste un doble alcance:

- a) La Constitución Nacional prevalece sobre todo el orden jurídico del Estado (arts. 27, 28 y 86, inc. 2 CN).
- b) La Constitución en cuanto federal, prevalece también sobre todo derecho provincial.

20. Ejercicio del contralor de constitucionalidad

En nuestro país el *contralor constitucional* lo ejerce la Corte Suprema y por delegación el resto de los tribunales (art. 43 CN). Pero ningún tribunal puede dejar de aplicar la ley, salvo que la declare inconstitucional.

21. Declaración de inconstitucionalidad

De la interacción de los textos constitucionales y la jurisprudencia de la Corte Suprema, emanan los siguientes principios básicos en materia de control de constitucionalidad:

- todos los jueces tienen la atribución de controlar la constitucionalidad de las leyes y demás actos públicos (decretos del Poder Ejecutivo Nacional y otros actos administrativos);
- obviamente incluye a la legislación provincial;
- ello es consecuencia de que la CN es la norma jerárquicamente superior y como se ha dicho en algún precedente, no es que se prescinda de aplicar la ley o norma de jerarquía inferior, sino que se aplica la CN que es la norma de mayor jerarquía y que por ello desplaza a la inferior.
- de allí que la jurisprudencia actual autoriza la declaración de inconstitucionalidad aún de oficio;
- la declaración de inconstitucionalidad lo es para el caso, por lo que la norma declarada inconstitucional sigue vigente y no existe obligación de quien la dictó de suprimirla o modificarla (aunque a veces sí lo hace).

22. La jerarquía del resto de la legislación

a) *Atribuciones de las provincias*

En nuestro sistema constitucional, las provincias conservan todas las facultades no delegadas expresamente al Estado Nacional. Por lo tanto, las legislaturas provinciales tienen competencia para legislar en todo aquello que no esté expresamente mencionado en el art. 75 de la Constitución, que enumera las materias de competencia del Congreso Nacional.

b) Ubicación de la legislación provincial con relación a la legislación federal

Pese a esta facultad, lo cierto es que todo el derecho federal, inclusive las leyes dictadas por el Congreso Nacional y los tratados internacionales aprobados por el mismo, prevalecen sobre la legislación provincial; así surge de los arts. 5 y 31 de la Constitución.

c) Atribuciones de los municipios y otros órganos

El régimen municipal debe ser asegurado por las provincias (art. 5 CN). Los municipios son además personas jurídicas públicas (art. 146, inc. a, CCyC), y tienen atribuciones en determinadas materias, particularmente establecidas por las constituciones provinciales o por las leyes orgánicas.

Dentro de esa competencia las disposiciones dictadas por los municipios constituyen ley en sentido material. Naturalmente las disposiciones dictadas por los municipios dentro de su competencia, deben subordinarse a las leyes provinciales, a las leyes federales, a la constitución provincial y a la constitución federal.

Lo mismo cabe decir de las disposiciones que son emanadas de otros órganos, es decir, resoluciones dictadas por los ministerios o por la AFJP.

d) Atribuciones del Poder Ejecutivo nacional

El Poder Ejecutivo nacional tiene atribuciones legislativas delegadas y originarias que están establecidas en el art. 99; naturalmente los decretos del Poder Ejecutivo deben estar sometidos a la ley y a la Constitución. De lo contrario serán inconstitucionales.

23. Los tratados

a) Importancia actual en el derecho privado

El Estado puede celebrar tratados con otros Estados o formar parte de convenciones adoptadas por los organismos internacionales, como la Organización de Estados Americanos o la Organización de las Naciones Unidas.

Esta materia estaba antaño vinculada casi, exclusivamente, al derecho público; pero hoy tiene también notoria incidencia en el derecho privado, pues numerosas convenciones internacionales atañen a materias propias del Derecho civil y del mercantil.

Así pueden mencionarse entre las últimas ratificadas por el Estado argentino la Convención Interamericana de Derechos Humanos, conocida como "Pacto de San José de Costa Rica"; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; los Pactos Internacionales sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

b) Incorporación de los tratados al derecho interno

De acuerdo con el art. 99, inc. 11 de la Constitución Nacional, es atribución del Poder Ejecutivo el concluir y firmar tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras; por su lado, el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional declara que corresponde al Congreso de la Nación aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede.

Es decir, que la celebración de un tratado es en nuestro Derecho, un acto complejo, que requiere:

- la firma del mismo por el Poder Ejecutivo,
- la aprobación del Congreso, y
- la ratificación por el Poder Ejecutivo.

El tratado entra en vigor a partir de la ratificación. No es necesaria una ley posterior que lo incorpore al derecho interno.

El derecho internacional público conoce otra categoría de convenios: los acuerdos ejecutivos o en forma simplificada. Esta clase de acuerdos no se encuentran sujetos a la aprobación del Poder Legislativo y entran en vigor desde que fueron suscriptos. La existencia de estos acuerdos es, en la Argentina, producto del derecho constitucional consuetudinario.

La denuncia de un tratado es competencia del Poder Ejecutivo, no siendo necesaria la aprobación del Congreso, salvo que se trate de

un tratado de derechos humanos de los previstos en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

c) Jerarquía de los tratados

El art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional establece que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. Así la Constitución hizo suya la interpretación que ya había hecho la CSN en la causa *Elmekdijan c/ Sofovich* (1992).

Sin embargo, más allá de esa afirmación genérica, el texto constitucional realiza importantes distinciones que requieren ser analizadas.

d) Los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional

El art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional enumera una serie de instrumentos internacionales que, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos.

Esta norma ha provocado interpretaciones disímiles en lo concerniente a la relación entre esta clase de tratados y la Constitución Nacional.

La Corte Suprema de la Nación ha resuelto que "los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer y contradecir... Debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente" (caso *Monges*, 1996).

e) Los tratados internacionales sobre derechos humanos no enumerados en el art. 75, inc. 22 CN

Los constituyentes han ideado un mecanismo por el cual otros instrumentos internacionales pueden adquirir jerarquía constitucional. El art. 75, inc. 22 CN establece que "los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por

el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

f) Los tratados de integración

El art. 75, inc. 24 de la Constitución Nacional expresa que corresponde al Congreso de la Nación aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supranacionales. La validez de esta transferencia de competencias se encuentra sujeta a la observancia de ciertos principios: reciprocidad, igualdad y respeto del orden democrático y de los derechos humanos.

Se prevé, además, que las normas emanadas de los organismos supranacionales —constituidos a través del tratado de integración— tienen también jerarquía superior a las leyes. Se consagra, de esta manera, la primacía del *derecho comunitario derivado* sobre la ley interna.

g) Operatividad de los tratados

Las normas incorporadas por vía de los tratados pueden requerir la adecuación a ellos del derecho interno, mediante la sanción de las leyes reglamentarias correspondientes.

Sin embargo, ello no es necesario cuando se trata de las convenciones internacionales que han creado un derecho supranacional de los derechos humanos, como lo es el Pacto de San José de Costa Rica.

Es que, según ha interpretado la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estas convenciones no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de la nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros. Al aprobar estos tratados los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

h) La cuestión de las sentencias de la Corte Americana de Derechos Humanos

Existe consenso en afirmar que al incorporarse un país a un sistema supranacional de derechos humanos —como el estructurado por la Convención Americana conocida como Pacto de San José de Costa Rica— renuncia parcialmente a su soberanía, pues no sólo está obligado a respetar y hacer efectivos los derechos individuales allí consagrados sino que además queda sujeto a la jurisdicción supranacional que la misma Convención Americana organiza sobre la base de dos organismos: la Comisión y la Corte que en definitiva interpretan y aplican la Convención.

Cuando la Corte sanciona a uno de los Estados por infracción a la Convención, el Estado está obligado a cumplir la decisión (art. 69 de la Convención) y ya en varias oportunidades los tribunales argentinos se han hecho cargo de esas resoluciones supranacionales en casos concretos.

Pero un tema todavía no definitivamente dilucidado es cuál es el valor que corresponde dar a los precedentes de la Corte cuando ellos han sido dictados en casos en que es parte otro Estado. En otras palabras: ¿el criterio por la CIDH en un caso seguido contra un tercer Estado, obliga —como “doctrina legal”— a los demás Estados signatarios?

Al respecto cabe puntualizar que la misma Corte Interamericana ha dicho: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de la Convención no se vean menudados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin... En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interpretación última de la Convención Americana” (caso Almonacid *c/* Chile, 2006).

El criterio expuesto, que ha sido reiterado en sentencias posteriores, implica tanto como anticipar que si un tribunal judicial local —o cualquier otra autoridad pública— no respeta la jurisprudencia de la Corte Interamericana estaría incumpliendo con la Convención y con ello colocándose en situación de ser sancionado bajo sus mismos términos.

La Corte Suprema argentina ha respetado siempre la jurisprudencia de la CIDH (Boggiano).

Pero la cuestión es materia de debate en la doctrina y tiene ello importancia práctica en lo que hace al momento en que comienza la existencia de la persona humana. El CCyC dispone que ello ocurre con la concepción, sin hacer distinción alguna entre concepción natural e *in vitro* (art. 19). Pero la CIDH ha dictado sentencia en el caso Artavia Murillo *c/* Costa Rica estableciendo que la concepción es un proceso que culmina con la implantación del óvulo fecundado en el seno materno: con lo cual el embrión creado *in vitro* no recibiría la consideración de persona. De modo que si la jurisprudencia de la CIDH sentara una doctrina legal que debiera ser seguida por el Estado argentino, éste debería modificar el criterio establecido en el art. 19. Volvemos sobre esta cuestión al tratar en específico el tema del comienzo de la existencia de la persona humana.

V. DEROGACIÓN DE LA LEY

24. Derogación expresa y tácita

La ley concluye su vigencia por medio de la derogación, que en principio, es efectuada por otra ley. Si la derogación es expresa no hay problema, pues la nueva ley indica cuáles son los textos que se derogan.

El problema es la derogación tácita, que se produce cuando la vigencia de la nueva ley es incompatible con la anterior.

En principio tal incompatibilidad debe ser absoluta, pues basándose tal derogación en una interpretación de la voluntad omnia del legislador, expresada en la nueva norma, basta que quede alguna posibilidad de conciliar ambos regímenes legales, para que el intérprete deba atenerse a su complementación (Iamabías); este criterio ha sido aplicado en múltiples oportunidades por la jurisprudencia nacional.

Sin embargo, debe apreciarse que la regla de la derogación tácita va a diferir cuando una ley nueva establezca una regla especial y la ley antigua una regla general; se admite en este caso la subsistencia de la ley antigua, salvo en lo que es materia de la nueva ley especial. Por ejemplo, si una ley limita la capacidad de ciertas personas para la realización de ciertos actos, y luego una ley especial las autoriza expresamente para un tipo de acto, la ley antigua subsistirá con la excepción que resulte de la ley nueva.

Pero en la hipótesis contraria, en la cual el conflicto se plantea entre una ley antigua especial y una ley nueva general, la solución es dudosa. Por ejemplo, el CCyC establece que la persona que ha cumplido 16 años de edad es considerado un adulto en lo que hace a su propio cuerpo; pero las leyes de trasplantes y de identidad de género siguen exigiendo la edad de 18 años para ciertos actos; entonces la cuestión que se plantea es si la norma general posterior del CCyC desplaza o no a la norma especial anterior de esas leyes.

En principio la ley nueva no deroga necesariamente la ley especial contraria más antigua, no resultando incompatible la existencia de una excepción con relación a la nueva ley general. Todo depende de la intención del legislador quien puede también haber pretendido la derogación de la ley antigua en su dominio particular.

25. Desuetudo

La desuetudo es la no aplicación real de la ley durante un tiempo prolongado. En ocasiones no sólo no se aplica la ley sino que se forma una costumbre contraria (consuetudo o costumbre *contra legem*).

VI. ACTOS CONTRARIOS A LA LEY

26. Principio general

La consecuencia de la infracción de la ley es aplicar la sanción que la misma señale como medio de lograr el restablecimiento del orden jurídico, perturbado por la infracción.

El Código Civil de 1869 disponía en su art. 18 que "*los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención*". De ella se derivaba que la sanción de los actos contrarios a la ley es la nulidad.

El CCyC no contiene una disposición como ésta, pero la consecuencia del acto contrario a la ley no puede ser otra que su ineficacia. Es un efecto de la obligatoriedad de la ley (art. 5 CCyC) y de la prohibición de renuncia genérica a ellas (art. 13 CCyC).

27. El acto en fraude a la ley

a) Noción

Denominamos actos en fraude a la ley a los negocios jurídicos aparentemente lícitos, por realizarse al amparo de una determinada ley vigente (ley de cobertura), pero que persiguen la obtención de un resultado análogo o equivalente al prohibido por otra norma imperativa (ley defraudada).

b) Distinción con los actos contra la ley

Para algunos autores, el acto en fraude a la ley es una especie de los actos contrarios a la ley. Sin embargo, cabe hacer una distinción que es importante, y que radica en el resultado obtenido a través del negocio en fraude a la ley.

En la definición que dimos *supra* aludimos a que, a través del negocio fraudulento se obtiene un resultado práctico *análogo* o *prácticamente equivalente* al prohibido por la norma imperativa (norma defraudada), pero *no idéntico*. Si el resultado obtenido es el mismo prohibido por la norma imperativa, es obvio que se trata de un acto contrario a la ley, y como tal inválido; si es sólo análogo o equivalente entonces se presenta la verdadera utilidad de la figura del fraude a la ley.

c) Casos concretos

Para entender acabadamente la idea, es conveniente explicar algunos casos concretos de fraude a la ley.

Una especie que fue muy común en otros tiempos en la Argentina, era el matrimonio contruido en Uruguay o México por personas que mantenían un vínculo matrimonial en la Argentina que les impedía contraer nuevo matrimonio por no existir en aquella época el divorcio vincular. La Corte Suprema declaró que tales matrimonios

"mexicanos" eran celebrados en fraude a la ley argentina y por ello les desconoció toda eficacia. Otro ámbito en el cual hay posibilidad de defraudar a la ley es el derecho societario, a través de sociedades *holding* con finalidad de evasión fiscal o burla del sistema normativo.

d) Regulación del fraude a la ley en el CCyC

El CCyC recoge expresamente el acto en fraude a la ley. Lo hace en el segundo párrafo del art. 12 que dice: "*El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir*".

Las reglas del CCyC se completan con el tratamiento del fraude a la ley en el derecho internacional privado. El art. 2598 sobre el punto establece: "*Fraude a ley. Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucren derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto*".

VII. LA COSTUMBRE. LOS USOS Y PRÁCTICAS

28. Concepto de costumbre

La costumbre es un uso implantado en una comunidad y considerado por ella como jurídicamente obligatorio.

29. Elementos de la costumbre. Restricción preliminar

La costumbre exige la presencia de dos elementos; un elemento objetivo que consiste en la existencia de un uso reiterado y que debe reunir ciertas condiciones; y un elemento subjetivo o psicológico consistente en la convicción o creencia que tiene la comunidad de que tal el uso resulta jurídicamente obligatorio.

a) El elemento objetivo. Condiciones que debe reunir

El uso en sí constituye el elemento material de la costumbre; es decir que debe mediar una práctica de la comunidad o de parte de la

comunidad o de sujetos a los cuales se vincula el uso en su actividad —profesionales, comerciantes— etc.

Se ha dicho que la voluntad de la comunidad debe expresarse, manifestarse por el uso, que constituye un requisito de la constitución del derecho consuetudinario y no sólo un medio de prueba. Sólo puede tener efecto la costumbre en tanto la voluntad jurídica que en ella está inmersa, se exterioriza con claridad a través del uso.

El uso debe ser uniforme, general y constante.

La mayor parte de los autores de antaño consideraban que la práctica debe tener una cierta duración temporal; aunque se reconoce hoy en día que no necesariamente debe mediar un uso prolongado.

En el derecho mercantil es muy común que las costumbres sean de creación relativamente reciente.

Por otro lado es necesario que la práctica o uso se produzcan en actos atinentes a la vida del Derecho; la conducta externa reiterativa ha de moverse dentro del área de lo jurídico. No basta con que una conducta se repita sino que es preciso que ese acto entronque, por su contenido y consecuencias, en la naturaleza misma de lo jurídico.

Así, que los comerciantes de flores se reúnan vestidos de determinada manera no pasará de ser un uso o una moda; pero que consideren que las flores deben ser entregadas en determinadas horas o en cierto lugar, o en determinadas condiciones de frescura o embalaje, puede constituir costumbre jurídica, porque esas prácticas hacen a aspectos que son vinculados a la vida del derecho, es decir, las condiciones del cumplimiento del contrato de compraventa.

b) El elemento subjetivo. Distintos criterios para su caracterización

Todos los autores están conformes en que existe un elemento interno subjetivo, que en el concepto que nosotros dimos caracterizamos como la consideración, por parte de la comunidad, de que el uso es jurídicamente obligatorio.

Como la rigurosa intención de crear Derecho no existe nunca en la práctica; ni la comunidad en sí, ni los miembros individuales de ella pueden reflejar una voluntad creadora del Derecho, basta con la mera conciencia de la obligatoriedad; es decir, el pensamiento que debe existir entre los miembros de un grupo social determinado, conforme

al cual los actos que se practican reiteradamente deben ser recibidos y valorados como exponentes de una situación que ha de ser disciplinada conforme a esa conducta.

30. Usos convencionales o del tráfico. Distinción con la costumbre e importancia

Los usos convencionales, o usos de los negocios o usos del tráfico son definidos como los que de modo corriente y uniforme se observan en la práctica de los negocios jurídicos y especialmente en la de los contratos. Tales usos son los que más propiamente pueden recibir la clasificación de usos jurídicos.

Y aunque no tengan la consideración y fuerza de la costumbre, por faltantes el elemento interno y jurídico de ésta, les corresponde empero una importante función interpretativa y supletoria de la voluntad de las partes.

31. La costumbre, los usos y prácticas como fuente del derecho. El art. 1 del CCyC

a) Función

En la parte pertinente el art. 1 del CCyC dice: "Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no reguladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

Cabe también tener en cuenta que los usos y prácticas tienen una función interpretativa e integradora del contrato. En este sentido el art. 964 del CCyC establece que el contenido del contrato se integra con "...c) los usos y prácticas del lugar de celebración en cuanto sean aplicables porque haya 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". Y el art. 1063 refiere a los usos y prácticas como medio de interpretación, diciendo: "Significado de las palabras. Las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración

del contrato. Se aplican iguales reglas a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta".

b) Casos en que operan

La costumbre, usos y prácticas son vinculantes cuando la ley se refiere a ellos, en situaciones no reguladas legalmente y cuando las partes se refieren a ellos.

Cuando la ley se remite a la costumbre —costumbre *secundum legem*— se altera el orden jerárquico de las fuentes dejando la costumbre de ser fuente subsidiaria para transformarse en fuente principal.

Si la costumbre se aplica cuando no existe ley exactamente aplicable al caso —costumbre *praeter legem*— ella es la norma jurídica en virtud de la cual se soluciona el conflicto no regulado legalmente.

Finalmente cabe advertir que el art. 1 del CCyC considera vinculante la costumbre, usos y prácticas cuando las partes se refieren a ellos.

Esto es muy importante en el ámbito de los negocios mercantiles internacionales, pues la denominada *lex mercatoria* es un derecho consuetudinario, basado en usos y prácticas. Hoy en día en ciertas áreas se reconocen usos generalmente aceptados; por ej., en los contratos de grandes construcciones las partes suelen remitirse a las reglas FidiC y en los contratos ligados a la extracción y comercialización de petróleo y gas se reconoce la existencia de una "lex petrolea". De modo que las partes pueden incorporar estas reglas, usos y prácticas a sus contratos, resultando vinculantes para ellas; así lo prevé expresamente el art. 2651, inc. d) del CCyC, conforme al cual "los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato".

c) Costumbre contra legem

Es la costumbre contra la ley o derogatoria. El CCyC parece condenar la costumbre *contra legem* en tanto dispone que costumbre, usos y prácticas, son vinculantes "siempre que no sean contrarios a derecho".

32. Prueba de la costumbre

Siendo la costumbre una norma jurídica, debería ser conocida por el juez y no ser materia de prueba; sin embargo ello no responde a la realidad de los hechos pues los jueces no conocen las costumbres ni mucho menos todas las costumbres; por lo tanto es lógico que el juez pueda requerir la prueba de la misma y la parte pueda adelantarse a proveerla.

VIII. LOS PRINCIPIOS Y VALORES

33. Concepto

Un principio general de derecho es una idea rectora, o, en otras palabras, principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación existente o posible (Larenz). Se dice también que "los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas; de allí que —siguiendo la terminología propuesta por el profesor Alexy— se diga que son "mandatos de optimización" que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados (Rabbi Baldi, en el mismo sentido Lorenzetti).

Los valores jurídicos, a los cuales alude el art. 2 del CCyC junto con los principios, no difieren de estos sino en el diverso aspecto desde el que se los contempla: deontológico en los principios, axiológico en los valores.

34. De dónde emanan los principios

La segunda cuestión que se plantea es: ¿de dónde emanan esos pensamientos rectores que se califican de principios generales? Al respecto existen dos concepciones posibles, la iusnaturalista y la positivista.

a) Orientación iusnaturalista

Para la corriente que podríamos denominar *ius naturalista*, los principios generales del derecho son los principios del Derecho natural, como aparecía reconocido en el art. 7 del Código Civil austríaco de 1811, y en el art. 15 del Código sardo de 1837, ambos fuentes del

art. 16 del Código de 1869. En corriente de opinión semillante, se alude a principios que emanan de la *idea de justicia* (Gustavino) o de la *naturaleza de las cosas*.

b) Orientación positivista

Otra corriente de pensamiento es la positivista, que concatena los principios generales con el derecho positivo (Coviello, Carnelutti, De Diego); se habla así de los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado (Cód. Civ. italiano, art. 12), de los principios básicos del derecho vigente, de los postulados genéricos que se abstraen de las normas jurídicas. Estas expresiones tienen en común que encarnan los principios generales del Derecho en el sistema jurídico positivo, por lo que en última instancia, son principios científicos o sistemáticos.

c) Criterios que combinan ambos conceptos

Hemos sostenido con Bueres que en la idea de principios generales pueden tener cabida ambos conceptos. No escapa a nadie que ciertas reglas (o principios no formulados normativamente en forma específica por su esencialidad u obviedad) pueden dinamizar del derecho positivo, sea que se los induzca de normas particulares o que se los aprehenda por deducción sistemática (principios dogmáticos).

Amén de ello hay reglas determinantes de la regulación de un instituto jurídico que pueden basarse en datos histórico-legislativos previos, pero que siendo informadores del derecho positivo plasmado quedan incorporados a él (principios institucionales).

Pero ello no puede oscurecer que la especie más trascendente del género está dada por las reglas derivadas del orden natural, de la naturaleza de las cosas, que al decir de Larenz, operan como fundamento inicial de la regulación positiva.

35. Los principios y valores en el CCyC

El Código de Vélez Sarsfield contemplaba a los principios como una fuente supletoria de derecho (art. 16), habiéndose concluido de todos modos que cumplían dos funciones, como fuente y como elemento de interpretación de la ley.

El actual art. 2 del CCyC incluye a los principios y valores como un medio de interpretación de la ley. Sin embargo, los mismos Fundamentos del Anteproyecto señalan que "...deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifestamente contrarias a valores jurídicos".

De modo pues que el juez puede usar los principios y valores jurídicos no sólo como medio de interpretación de la ley sino también como fuente en casos no reglados legalmente y como pauta de control axiológico, para evitar una solución que contrarie valores esenciales.

36. Los valores jurídicos

El art. 2 del CCyC introduce la noción de valores jurídicos que no estaba presente en el Código de Vélez ni en los proyectos que precedieron al nuevo CCyC.

Lorenzetti explica que los valores mencionados en la Constitución y en las leyes —tales como afianzar la justicia, bienestar general, solidaridad— son citados con frecuencia en las decisiones judiciales e imponen un límite axiológico a la decisión judicial.

37. Enumeración de los principios generales

Los Fundamentos del Anteproyecto dicen que "No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico".

Es una decisión correcta del legislador, pero en doctrina se han formulado distintos criterios para tratar de identificar tales principios.

Suelen enunciarse como tales, sin mayor rigor científico, a los principios constitucionales como la propiedad privada (art. 17), la igualdad (art. 22), la regla según la cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19).

De otro lado se afirma que constituyen principios del Derecho civil la buena fe, el *pacta sunt servanda*, el abuso del derecho, que nadie puede ir en contra de sus propios actos, el enriquecimiento sin causa.

Entre nosotros ha sido Guastavino quien ha pretendido hacer una enumeración de los principios generales propios del Derecho civil argentino, y que se obtienen por sucesivas generalizaciones de los textos del Código Civil. Así, reconoce los siguientes:

- la capacidad de las personas físicas es la regla y la incapacidad la excepción;
- las incapacidades no pueden extenderse por analogía;
- la libertad de formas de los actos jurídicos;
- la buena fe creencia y la buena fe lealtad;
- no cabe atender a quien alega su propia torpeza;
- se repudia el fraude a la ley,
- no debe atenderse a quien actúa en contradicción con sus propios actos;
- ha de prohibirse la justicia por mano propia;
- ha de estarse por la conservación de los actos jurídicos;
- *pacta sunt servanda*;
- sin perjuicio de que *ad impossibilia nemo tenetur y rebus sic stantibus*;
- el patrimonio es garantía común de los acredores;
- el género nunca perece;
- no se puede ejercer coerción sobre el deudor de obligaciones de hacer;
- debe rechazarse el enriquecimiento sin causa;
- *res perit et crescit domino*;
- *prior in tempore potior in iure*;
- *numerus clausus*;

- el interés familiar prevalece sobre el interés individual;
- el superior interés del niño;
- prohibición de pactos sobre herencias futuras;
- protección integral de la legítima.

A esta extensa enumeración que hace el maestro sanafesino, cabría quizás agregar que los actos jurídicos deben ser conformes a la moral y las buenas costumbres; el principio de equivalencia de las prestaciones como regla general en materia de relaciones jurídicas regidas por la justicia conmutativa; y el principio *nemo plus iuris* (art. 399 CCyC).

38. Límites de la aplicación del principio general

La aplicación de los principios generales como fuente de autointegración requiere, como dato previo, que no exista una normativa aplicable al caso.

Es que los jueces deben sujetarse al sistema de fuentes. El conocido filósofo del derecho Ronald Dworkin dice que atañe a la responsabilidad del juez y al cumplimiento de su deber, el respetar el sistema de fuentes.

De modo que el desconocimiento del sistema de fuentes es calificado por Dworkin como *lawless judging*, que es traducido como *enjuiciamiento antijurídico o al margen del método legal*.

Las ideas de Dworkin sobre el punto han sido condensadas por uno de sus comentaristas, el profesor español Miguel Beltrán, del modo que sigue:

- la teoría constitucional de un juez no le permite situarse al margen del sistema de fuentes,
- el juez que prefiere su propia teoría al sistema de fuentes, incurre en *terrorismo judicial*,
- no hay nada tan peligroso para el ordenamiento jurídico (en concreto para la seguridad jurídica garantizada por las decisiones judiciales) como un juez que aplica una teoría prescindiendo de los cánones interpretativos y del método legalmente establecido (en particular del sistema de fuentes). Es irrelevante

cual sea el resultado — en términos de justicia o injusticia — de tal apartamiento; una sentencia *justa* dictada al margen del procedimiento legalmente establecido (procedimiento cuyo fin es precisamente la garantía del Estado de derecho) sencillamente no es de recibo, y ni siquiera es de recibo si por justa se entiende *ajustada a derecho*.

Es que esos principios no abren la puerta a una especie de derecho libre o recurso mágico para dejar de fundar una decisión, lo que desataría todos los moldes de las construcciones jurídicas propias del legalismo y escaparía a cualquier consideración sistemática del derecho privado.

IX. JURISPRUDENCIA

39. Notión

En un sentido estricto la jurisprudencia alude a las decisiones emanadas de los tribunales que sientan doctrina al decidir las cuestiones sometidas a ellos. Es este sentido el que nos ocupa y el que genera el debate de si constituye o no una verdadera fuente del Derecho.

40. Importancia actual

Más allá de la discusión doctrinaria, acerca de si la jurisprudencia constituye o no una verdadera fuente del Derecho, lo cierto es que ningún litigante deja de citar los precedentes judiciales que conoce sobre el tema en debate.

Ese conocimiento de las sentencias judiciales o jurisprudencia es indispensable para el ejercicio profesional, y para el correcto enfoque de cualquier litigio o proceso. Por lo demás, es también fundamental para la labor doctrinaria, pues se daría una visión muy parcial o abstracta del Derecho si no se conociese la aplicación que los tribunales hacen de las normas jurídicas.

Ello se debe, básicamente, a que los tribunales tienden a respetar las decisiones anteriormente vertidas sobre la cuestión de derecho. Esto sucede por diversas razones; por un lado porque los jueces se pueden considerar solidarios con la doctrina jurídica de sus predecesores; porque los jueces tienen conciencia de una continuidad nece-

saría del Derecho y modificar en cada caso particular la aplicación de interpretación de las normas sería crear el desorden.

41. La jurisprudencia como fuente del Derecho

Existe un serio debate acerca de si la jurisprudencia es o no una fuente de derecho. Los que opinan por la negativa sostienen que la jurisprudencia fija el sentido de la norma, salva contradicciones posibles del legislador y que es la mejor fuente del conocimiento del derecho positivo, pero no tiene aptitud para crear normas jurídicas y su función es distinta de la legislativa.

Otros en cambio sostienen la tesis de que la jurisprudencia crea Derecho:

- cuando la ley es demasiado lata, y los jueces precisan los conceptos en su aplicación; por ej., cuando dicen que conducir un auto de determinada manera es una conducta culpable;
- cuando completan una ley insuficiente o rejuvenecen una ley antigua o envejecida;
- cuando resuelven casos no previstos por la ley, a lo cual no pueden negarse.

En la filosofía del Derecho contemporánea la cuestión del valor de la jurisprudencia tiene una importancia decisiva, y se vincula con el poder político que se reconoce a los jueces —o no— para crear normas jurídicas. El análisis de esta compleja cuestión excede del alcance de esta obra.

a) La cuestión en el Derecho nacional

El art. 1 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial disponía: *“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 jurisprudencia de acuerdo a las circunstancias del caso...”*

Pero el texto finalmente sancionado eliminó la referencia a la jurisprudencia.

Ello no impide sostener que la jurisprudencia sigue siendo una fuente de derecho en nuestro sistema (Lorenzetti).

Es que si por fuente material entendemos exclusivamente una fuente de conocimiento del Derecho, carente de autoridad, de obligatoriedad nacida del ordenamiento positivo, que contribuye a fijar el contenido de la norma a su conocimiento y a su más certera aplicación, no puede caber duda alguna de que la jurisprudencia es una fuente material.

Como decíamos antes, nadie puede decir que conoce el Derecho de un país del sistema occidental, hoy en día, si no conoce la jurisprudencia que aplica los códigos y las leyes.

El tema es más complejo si tratamos de determinar si la jurisprudencia es una fuente formal del Derecho, esto es productora de verdaderas normas de derecho objetivo.

En nuestro país la jurisprudencia puede considerarse fuente formal, en cuanto ciertos pronunciamientos resultan obligatorios para los tribunales que los dictan y para los jueces inferiores que de ellos dependen. Estas sentencias obligatorias emanan básicamente de dos fuentes: las sentencias dictadas por las cámaras de apelaciones en virtud de los denominados fallos plenarios; y las sentencias dictadas por la Corte Suprema nacional, sobre cuya obligatoriedad nos extendemos más adelante. Estos pronunciamientos, justamente por su carácter obligatorio, constituyen verdaderas normas generales de derecho objetivo.

b) El rol de la jurisprudencia en nuestro país

Más allá de los debates teóricos sobre si la jurisprudencia constituye o no fuente del Derecho, es preciso subrayar que ella ha tenido, y sigue teniendo, un rol preponderante en la interpretación del Derecho vigente, desarrollando una tarea de modernización de la ley y de adecuación a las nuevas realidades sociales, económicas, culturales y políticas del país.

Basta para ello recordar que durante la primera mitad del siglo XX, la jurisprudencia nacional desempeñó un papel activo en la configuración del principio de la autonomía de la voluntad, al acoger preortanamente doctrinas como el abuso del derecho y la lesión subjetiva, pese a los textos del art. 1071 y de la nota al art. 943 (siempre del Código de Vélez Sarsfield).

Asimismo, la jurisprudencia modificó sensiblemente el régimen de la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 43 del Código Civil de 1869), llegando a decir Borda que ese precepto había sido derogado por los tribunales.

Ejemplos como éstos pueden multiplicarse, pero quizás el más significativo sea el de la jurisprudencia posterior a 1975 que como consecuencia de las crisis económicas recurrentes, reflejadas en procesos inflacionarios persistentes y con picos agudos, abandonó el principio nominalista para así adoptar el valorismo o realismo monetario; de ello se derivaron innumerables consecuencias que, en general, fueron también resueltas por obra de los tribunales.

Determinar si estos casos han sido obra de una pura interpretación de la ley vigente (*jurisprudencia secundum legem*), una obra creativa destinada a llenar espacios no reglados por la ley (*jurisprudencia praeter legem*), o una verdadera creación contra la ley (*jurisprudencia contra legem*), depende del punto de vista metodológico en que se coloque el estudioso que analiza el fenómeno.

Pero cualquiera sea la conclusión que se adopte en el plano de la teoría, lo cierto es que no puede negarse el papel destacadísimo que tiene la jurisprudencia en la permanente actualización del Derecho.

42. Elementos de la jurisprudencia

No cualquier pronunciamiento judicial constituye verdaderamente jurisprudencia; ni cualquier parte de la sentencia es relevante como antecedente judicial.

Por regla general la jurisprudencia está vinculada a la repetición de los pronunciamientos de los tribunales en sentido uniforme, sobre una cuestión de Derecho, y esos pronunciamientos deben emanar de tribunales de cierta jerarquía.

Normalmente un solo pronunciamiento no hace jurisprudencia, sino que constituye un precedente o antecedente pero que no tiene otro valor que el de tal; en cambio la reiteración en el tiempo en distintos pronunciamientos de la misma solución sobre un tema de Derecho sí puede considerarse que constituye el criterio de la jurisprudencia.

En punto a la jerarquía, el pronunciamiento de cualquier tribunal no es suficiente para constituir jurisprudencia. Por lo general en

nuestro país tienen relevancia los pronunciamientos de las Cámaras Nacionales de Apelación, de las Cortes Superiores de Provincia y de la Corte Suprema nacional.

Por otro lado debe tenerse en cuenta que la sentencia normalmente se estructura con los resultados que describen los hechos de la litis, los considerandos o motivos del juez o tribunal, serie de proposiciones jurídicas que han decidido al juez a sentenciar un sentido y no en otro, con vistas a la decisión que pone fin a la contienda; y la parte dispositiva o fallo, en la cual el juez ordena el cumplimiento de lo por él decidido. Naturalmente la parte importante son los motivos o considerandos que permiten al juez dar a conocer su manera de interpretar la norma jurídica, o de construir —al margen de la misma— el Derecho que acaso esté llamado a convertirse en jurisprudencia. Estos motivos son los que pueden convertirse en jurisprudencia justamente porque son abstractos y generalizables, de modo que tienen los elementos de la norma de derecho objetivo.

43. Métodos de unificación de la jurisprudencia

Vinculado al tema de la fuerza obligatoria de la sentencia se encuentra el de los métodos de unificación de la jurisprudencia.

En la época actual los tribunales son múltiples, y su actividad se halla distribuida en la Corte Suprema nacional, las Cortes provinciales, las Cámaras, divididas en salas, y jueces de primera instancia. Esto da lugar naturalmente a la posibilidad de pronunciamientos contradictorios en cuestiones semejantes, lo cual conduce a la inseguridad jurídica e incluso a una suerte de injusticia, derivada de que un pleito pueda ser resuelto de una manera o de otra, según cuál sea la sala del tribunal que le toque resolver la cuestión.

De allí que es una preocupación ya antigua la de encontrar mecanismos que sirvan para la unificación de la jurisprudencia, unificación que, por otro lado, sólo se logra cuando los pronunciamientos, dictados sobre determinada materia, resulten, en cuanto a su doctrina jurídica, obligatorios para el mismo tribunal que los dicta o para los tribunales inferiores.

a) El recurso extraordinario

En nuestro país la Corte Suprema nacional tiene competencia originaria, en virtud de lo dispuesto en los arts. 116 y 117 de la Consti-

tución Nacional, y competencia derivada en cuanto puede entender en las cuestiones resueltas por tribunales inferiores, cuando llegan a ella por vía del recurso extraordinario organizado por el art. 14 de la ley 48. De acuerdo con la estructura del recurso extraordinario, la Corte interviene en las denominadas cuestiones federales, es decir cuando está en juego la inteligencia de la Constitución Nacional o la interpretación de una ley federal.

La Corte Suprema ha ampliado considerablemente el marco del recurso extraordinario, para admitirlo en los supuestos de sentencia arbitraria, esto es la fundada en la sola voluntad de los jueces y con apartamiento notorio del derecho positivo vigente, en los casos denominados de gravedad institucional, etc.

En estricto Derecho, los pronunciamientos de la Corte Suprema nacional, en punto a su doctrina, no son obligatorios para los tribunales inferiores, pero la misma Corte sostiene que "no obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas". De esa doctrina, y de la de otros pronunciamientos, emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia.

b) Los fallos plenarios

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación organizaba el denominado recurso de inaplicabilidad de ley, que podía ser interpuesto por ante la Cámara de Apelaciones que dictaba sentencia definitiva en un proceso judicial, cuando la doctrina que emanaba del fallo resultaba contradictoria con la doctrina sentada en un caso semejante por otra sala del mismo tribunal.

Declarado admisible el recurso, era resuelto por la Cámara en pleno, es decir, por todos los jueces que integran ese tribunal; el tribunal plenario establecía entonces la doctrina aplicable a la cuestión de Derecho debatida.

La importancia de estos fallos plenarios radicaba en que eran obligatorios, en punto a la doctrina de Derecho establecida, para los

jueces de primera instancia que dependen de la Cámara que lo dictó, y para todas las salas que integran esa Cámara.

El recurso de inaplicabilidad de ley ha sido derogado por la ley 26.853 que creó tribunales de casación en la esfera nacional. Pero como tales Cámaras no han sido organizadas y por ende no están en funcionamiento, no se sabe a ciencia cierta si los fallos plenarios dictados con anterioridad conservan o no vigencia.

Algunas provincias tienen también previstos mecanismos procesales para llegar a sentencias plenarios, sea a nivel de Cámara como de Corte provincial.

c) El recurso de casación

Este recurso es también un medio de uniformar la jurisprudencia, por vía de un tribunal especial, o a veces directamente por el tribunal supremo (como sucede en España).

Como decíamos recién, la ley 26.853 creó tribunales de casación, pero ellos no se encuentran funcionando y es dudoso que alguna vez lo hagan.

X. DOCTRINA

44. Concepto

La doctrina está constituida por la obras de los juristas expresada a través de los libros, de los artículos, los comentarios a las sentencias judiciales, las críticas de la legislación.

45. Antecedentes

a) Nacimiento y desarrollo

En el Capítulo I vimos la importancia que tuvo la doctrina del Derecho Romano, llegándose a la creación de una gran corriente doctrinaria en la que tuvieron importancia numerosos autores como Ulpiano, Gayo, Papiniano, cuyas obras resultaban de mayor trascendencia que otras para la resolución de los litigios; aunque con posterioridad Justiniano prohibiera el comentario de su obra para evitar su distorsión.

En el Medievo la doctrina tuvo importancia particularmente en Francia, y dentro de ella en los países de derecho consuetudinario, que muchas veces el juez tenía que encontrar solución a los casos las obras de doctrina. De allí que algunas obras del siglo XIII tenían un valor casi oficial. Y aún después de la redacción de las costumbres, las obras de la doctrina siguieron teniendo trascendencia, y aquellas no regulaban ciertos temas, y en otros eran concisas, oscuras y caóticas. Por lo demás, las obras de doctrina no se limitaban a losar las costumbres, sino que hacían saber crítica de ellas, por lo que incluso llevaron a una segunda redacción de las costumbres.

Después de la sanción del Código Civil francés de 1804, se asistió al nacimiento de la escuela de los intérpretes o escuela de la exégesis, que tuvo una labor fecunda de interpretación del Código Civil, aunque quizás demasiado apegada al texto.

Su importancia

Hoy la doctrina tiene también un gran desarrollo, tanto desde el punto de vista de la interpretación de los textos vigentes cuanto en la formulación de propuestas para su mejoramiento. Por otra parte la doctrina de la doctrina se realiza actualmente no sólo a través del libro, sino también por los comentarios de jurisprudencia o de legislación que aparecen en revistas especializadas; y muchas instituciones de derecho realizan una fecunda labor en este campo, como el Colegio de Abogados, la Federación Argentina de Colegios de Abogados, la Asociación de Abogados de Buenos Aires, la Asociación de Magistrados, etc., y permanentemente se realizan en todo el país jornadas, congresos y simposios destinados al debate entre los más importantes profesores del país.

Por otra parte las letras jurídicas argentinas gozan de gran prestigio gracias a la obra de extraordinarios juristas del siglo XX: en el ámbito del derecho civil destacaron Salva, Lafaille, Borda, Spota, y sinuza Aienza, Molinari, Llambras a los que siguieron muchos otros que hacen permanentes aportes al desarrollo del derecho argentino.

Valor de la doctrina como fuente

De todos modos es debatible el valor que como fuente puede tener la doctrina, pudiéndose sólo reconocer el carácter de fuente material en el sentido de que contribuye al conocimiento y a la inter-

pretación de las normas vigentes. Pero sin duda no constituye fuente formal en el sentido de creadora del derecho objetivo.

XI. OTRAS POSIBLES FUENTES

47. La autonomía de la voluntad

Algunos autores sostienen que la autonomía de la voluntad constituye una fuente del Derecho, en la medida en que por vía de los contratos las partes crean normas que son obligatorias para ellas (art. 959 CCyC).

En principio la autonomía de la voluntad no constituye una fuente de Derecho, pues el pacto o contrato sólo crea derechos subjetivos, pero no derecho objetivo, no genera reglas generales sino meramente individuales.

Sin embargo, la cuestión no se agota allí. Hemos señalado cómo el proceso de globalización se manifiesta en el ámbito jurídico a través de la circulación de los modelos contractuales. De modo que ellos constituyen la primera fuente de la *lex mercatoria* que a su vez regula una gran masa de relaciones jurídicas patrimoniales expandidas internacionalmente.

Al menos debe reconocerse que los modelos contractuales al ser generalmente aceptados en el tráfico, se convierten en usos que tienen una función integrativa e interpretativa de los contratos, amén de que resultan vinculantes cuando la ley o las partes se refieren a ellos y en situaciones no reguladas legalmente (art. 1 CCyC).

48. La equidad

La equidad puede tener dos sentidos:

- mitigación del rigor de la ley; aplicándola templada por la *humanitas, pietas o benignitas*;
- adaptación de la ley a las circunstancias del caso concreto, de tal forma que aquella resulte más justa de lo que resultaría si tal caso se resolviese sin ponderar sus peculiaridades.

De modo que la equidad hace a la aplicación de las leyes, pero no a la integración del ordenamiento (conf. Marty y Raynaud).

Debe reconocerse sin embargo, que en algunos casos la ley remite la solución a la equidad, a lo que resulte equitativo o a lo que el juez resuelve equitativamente. Así entre nosotros el art. 1750 del CCyC establece que "El autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad". En materia de contrato de obra, el art. 1255 dispone: "Si la aplicación estricta de los aranceles locales conduce a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida, el juez puede fijar equitativamente la retribución..." y el art. 1761 a su vez atribuye al juez la facultad de reducir "equitativamente la utilidad si la aplicación estricta de la norma conduce a una notoria injusticia".

49. Las reglas corporativas

Son reglas emanadas de las corporaciones, relativas al ejercicio de una profesión, como la que puede dictar el Colegio de Abogados en punto a la ética profesional, o el Colegio Médico sobre el modo de ejercer la profesión.

Algunos autores entienden que la eficacia de esta regla tiene fundamento contractual, habida cuenta de que la afiliación a la corporación es voluntaria.

Otros observaron, que cuando el Estado acuerda la sanción de la fuerza pública para hacer observar esa regla a todo el que forma parte de la agrupación, la regla corporativa se transforma en una regla jurídica.

Si la afiliación a la corporación es obligatoria, con mayor razón la regla corporativa constituye una norma jurídica fuente del Derecho. Así, la regla corporativa constituiría en primer lugar fuente del derecho regulador de las actividades profesionales, control de la matrícula, ética profesional, disciplina.

Y puede en definitiva constituir fuente del Derecho civil, aunque más no fuere mediatamente; verbigracia la infracción a una norma del Código de Ética o de los deberes de diligencia profesional previstos expresamente por una regla corporativa, pueden derivar en un daño y fundar una responsabilidad atribuida al profesional que la ha vulnerado.

Dentro de las reglas de este tipo pueden incluirse a los denominados convenios colectivos de trabajo, que son acordados entre asociaciones profesionales de trabajadores y de empleadores para regular

las condiciones en que se desarrolla el trabajo en una determinada actividad.

La eficacia normativa del convenio colectivo de trabajo deriva de la ley, que delega la reglamentación uniforme del trabajo por actividad a las asociaciones profesionales.

50. Las reglas tradicionales de la experiencia

Hay un cierto número de aforismos, algunos de los cuales provienen del Derecho Romano, o quizás más precisamente de los glossadores, o de juristas posteriores, que condensaron en algunas frases verdaderos principios de Derecho, como "no hay responsabilidad sin culpa", "la posesión vale título", etc. Obviamente no son fuente de Derecho; generalmente no hacen más que expresar de una manera ingeniosa y fácil de memorizar, ciertos principios generales que pueden valer como fuentes en tanto y en cuanto sean verdaderos principios generales.

51. El derecho comparado

a) Notión

La expresión derecho comparado puede llamar a engaño en cuanto al contenido y la finalidad de lo que no es sino un método de investigación en el ámbito de la ciencia jurídica. En efecto, el derecho comparado es la comparación científica de sistemas jurídicos vigentes distintos o de un aspecto de los mismos y de las causas que los han producido y los efectos que han resultado en los medios sociales respectivos.

Cuando se investiga alguna institución del derecho nacional, el interés de la aplicación del método comparatista reside en que nos sirve para conocer mejor, comprender y profundizar el derecho propio. Del mismo modo, permite un planteamiento más correcto de ciertos problemas y una comprensión del carácter inadecuado o anticuado de algunas soluciones de nuestro derecho.

b) Utilidad

El derecho comparado es de gran utilidad para el mejoramiento de la legislación, para la actividad doctrinaria y para la enseñanza del derecho.

En el primer plano no cabe sino destacar que la mayoría de las legislaciones latinoamericanas han utilizado el derecho comparado para su gestación. Así, nuestro Código Civil es un ejemplo de legislación inspirada en los modelos europeos de la época, principalmente el Código Napoleón, el Esbozo de Freitas, el Código de Chile, etc.; pero también la legislación contemporánea se inspira —o al menos toma en consideración— las soluciones que provienen de otros países.

En el ámbito de la doctrina es inexorable el conocimiento de lo que sucede en otros ámbitos nacionales. Nuestra doctrina ha estado muy orientada hacia los países europeos y por ello ha estado siempre atenta a los avances legislativos franceses e italianos en el ámbito del derecho privado, y por supuesto a la doctrina de esos países. En los últimos años también se observa y estudia el derecho de los Estados Unidos, y no sólo en el plano del derecho constitucional, sino también en materia de contratos, sociedades, quiebras, fideicomiso, etc.

c) *El derecho comparado como fuente de derecho. El argumento de derecho extranjero en las sentencias judiciales*

Es manifiesto que el derecho comparado, en cuanto puro método de investigación, no puede constituir fuente de derecho.

Sin embargo es muy común que las sentencias judiciales y los escritos de las partes que se traiga como argumento una norma de derecho extranjero y aún trabajos de doctrina extranjeros. Así, la misma Corte Suprema argentina suele citar los precedentes de la Corte de los Estados Unidos; algunos verdaderos *leading case* se han inspirado en las soluciones de la Corte americana (por ej., la famosa sentencia en la causa *Avico c/ De la Pesa*, que trató la "emergencia" y la posible restricción de derechos económicos en esa circunstancia) y la doctrina de la real malicia se ha inspirado en la formulación que el tribunal americano desarrolló a partir de *New York Times c/ Sullivan*.

Ahora bien; la posibilidad de que el juez utilice el argumento de derecho extranjero requiere que ese derecho forme parte del mismo sistema jurídico romano germánico al que pertenecemos, o al menos un sistema jurídico compatible, como puede ser en ciertos casos el *common law*. La norma bajo análisis en el caso argentino debe ser sustancialmente análoga, así como —por supuesto— los hechos del caso si se trata de invocar un precedente judicial.

Justamente la invocación permanente de nuestra Corte de los precedentes americanos, se justifica en la obvia inspiración que nuestra Constitución de 1853/1860 tuvo en la Constitución de los Estados Unidos.

Sin embargo, ello no es automático y siempre ha de hacerse la comprobación de la identidad de situaciones fácticas y de la analogía entre ambas regulaciones.

De otro modo la utilización de la ley extranjera o de precedentes judiciales extranjeros es difícil de validar porque sencillamente son extranjeros y los jueces, al tomar prestado (*borrowing*) derecho o decisiones judiciales de otra comunidad suplantaron aquello que colectivamente hemos decidido por normas que no son nuestras (*Rosenkranz*)

Por otro lado, a partir de la reforma constitucional argentina de 1994 la cuestión no es tan lineal, pues sobre todo en el ámbito de la organización de los poderes nuestro país ha adoptado instituciones extrañas al sistema constitucional de los Estados Unidos.

De todos modos, la invocación del derecho extranjero sólo puede servir como argumento de autoridad, para dotar de mayor fuerza de convicción a la sentencia. En este sentido, se equipara con el valor de la doctrina.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- AFALION, Enrique A. - VILANOVA, José, *Introducción al Derecho*, 13ª ed., Buenos Aires, 1988; ALBENEF, Susana, "La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional" en ALBENEF, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, 2008; ANTONIOLI DE FLORIAN, Luisa, "El precedente judicial como fuente del Derecho: la experiencia inglesa", RDC, 1993, parte I-133; ARAUZ CASTEX, Manuel, *La ley de orden público*, Buenos Aires, 1945; BOEHMER, Gustavo, *El Derecho a través de la jurisprudencia*, trad. de José PUIG BRUTAU, Barcelona, 1959; CARDOZO, Benjamin, *La naturaleza de la función judicial*, Buenos Aires, 1955; CUETO RÚA, Julio César, *Fuentes del derecho*, Buenos Aires, 1994 (reimpresión); DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de Pedro BRAVO GALA, Madrid, 1967; DAVID, René, *Tratado de Derecho civil comparado*, trad. Javier OSSET, Madrid, 1953; DE LA FUENTE, Horacio H., *Orden público*, Buenos Aires, 1993; FERNÁNDEZ, Alberto, *La función creadora del juez*, Buenos Aires, 1970; GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, 1962; SERVIN, Evelyn, *De la jurisprudencia en droit privé*, Lyon, 1985; GUTTÉRREZ RODRÍGUEZ, Marcos de Jesús, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, San José de Costa Rica, 1982; RECASENS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpreta-*

ción del Derecho, 2ª ed., México, 1973; VALLET DE CORTISOLLO, Juan, "Joaquín Costa y el tema de la jurisprudencia en el Congreso Jurídico de Barcelona", ADC 1988-969; VISINTINI, Giovanna, "Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza", RDC 1995-parte I-193; ZENATI, Frédéric, *La jurisprudence*, Paris, 1991; varios autores: "La jurisprudence aujourd'hui", RTDC 1992-337, varios autores: "D'autres propos sur la jurisprudence", RTDC 1993-87.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

BOGGIANO, "La Corte Suprema y el derecho de los tratados internacionales", LL 31/3/2015; BORDA, Guillermo A., "Concepto de la ley de orden público", LL 58-997; HITTERS, Juan Carlos, ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y de convencionalidad", LL 2008-E-169; íd., "Control de constitucionalidad (adelantos y retrocesos)", LL 2015-B-625; LAPLACETTE, Carlos José, "Leyes secretas, abusos de público y notorio", LL 2007-B-1314; LELOS GARRÉ, Santiago, "El tratado internacional y su ley aprobatoria en el Derecho argentino", LL 1996-A-1009; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, "El planteo de inconstitucionalidad de las leyes no publicadas", LL 2013-C-1267; "Las leyes temporalmente secretas. Vigencia y publicación", LL 2006-E-1220; SACCHÉ, Néstor Pedro, "Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994", LL 1994-E-1036, íd., El "control de convencionalidad" en particular sobre las constituciones nacionales, LL 2009-B-761.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CSN, 7/7/1992, "Ekmejdjian c/ Sofovich", ED 148-339.
CSN, 26/12/1996, "Monges, Analía M. c/ Universidad de Buenos Aires", JA 1998-I-35.
CSN, 9/8/1967, "Colella c/ Fevre y Basset SA", Fallos 268:352.

CAPÍTULO III

APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS

I. APLICACIÓN DE LA LEY

1. Concepto

El Derecho se formula en leyes, normas generales y abstractas; así como en normas consuetudinarias, y principios generales, que también revisten los caracteres de generalidad y abstracción.

Cuando se trata de someter las relaciones nacidas entre las personas a las normas jurídicas —leyes, costumbres o principios generales— se está aplicando el Derecho.

Normalmente esa aplicación va a tener como resultado final una sentencia, es decir un mandato particular y concreto, derivado de la aplicación de las normas jurídicas, con efecto en el caso particular.

Esta tarea de aplicar el Derecho impone:

- elegir la norma aplicable;
- atribuir sentido a las normas, tanto a aquella de la cual se extrae el mandato particular como a aquellas cuya aplicación se excluye en el caso concreto.

También aplican el Derecho los particulares, y los operadores jurídicos —abogados, notarios, etc.— cuando concluyen sus relaciones jurídicas bajo la forma de contratos, que crean normas particulares a las cuales las partes deben someterse como la ley misma, o instruyen sus relaciones jurídicas en documentos públicos, o privados, etc. Sin embargo, normalmente la noción de aplicación de la ley, se reduce a la judicial; a ello dedicaremos este capítulo.

2. La subsunción como método de la aplicación de la ley

La doctrina de la subsunción tiene su origen en las ideas de Kant, y fue seguida por numerosos autores. Se la expone diciendo que como la norma es una proposición condicional que consta de hipótesis y tesis —dado un hecho A la consecuencia debe ser B— la aplicación consiste simplemente en examinar si su hipótesis se realiza en la especie concreta para que, en caso afirmativo, se formule la tesis decisional, en la que la premisa mayor es la ley, la menor el hecho o realización de la vida, y la conclusión la sentencia o fallo.

En síntesis, se trata solamente de ver si los hechos de la realidad, concuerdan con los hechos previstos en la norma como hipótesis, para en tal caso aplicar los efectos que prevé esa norma.

Así, el razonamiento que hace el juez al administrar justicia, asume la forma de un silogismo: establecida la premisa mayor (hipótesis legislativa) y fijada la premisa menor (hecho controvertido), deduce la conclusión, esto es, la sentencia.

La tesis de que la aplicación del Derecho se reduce a la formulación de un silogismo está hoy en franco retroceso.

Por empezar es necesario conocer los hechos, tenerlos por probados y descartar los jurídicamente irrelevantes.

Luego se realiza una tarea calificadora de los hechos, de modo de hacerlos entrar en las categorías jurídicas, para aproximarse así a la aplicación de la ley; de manera que hay que saber si los hechos dan lugar a una venta, a un mandato, a un derecho real de habitación, o constituyen un legado de cosa cierta.

Y en cuanto a la norma aplicable, difícilmente sea un precepto aislado; normalmente se dará el juego de un plexo de normas y de interpretaciones doctrinarias y judiciales, que pueden resultar aplicables al caso.

Así, como decíamos, la tarea de aplicación exige también la previa tarea de exclusión de las normas no ajustadas al supuesto, y la elección de aquellas que sí resultan apropiadas al mismo.

Entonces, la sentencia no es una consecuencia automática derivada de dos premisas lógicas, sino que es el resultado de una valoración compleja de elementos psicológicos, éticos, económicos y jurídicos, que concurren para formar un juicio, articulado en base a un esquema silogístico.

Por lo demás incumbe al juez y al profesional del Derecho individualizarlo, integrarlo con soluciones nuevas, adaptarlo a la vida y rejuvenecerlo (Castán Tobeñas).

3. Vinculación con la interpretación

Aplicación e interpretación son actividades íntimamente ligadas, ya que sólo puede ser debidamente aplicado lo que es comprendido en su propia razón de ser.

La interpretación precede a la aplicación; expone las razones; la aplicación convierte las razones en decisión (López Olaciregui).

4. Aplicación del derecho en el Derecho Argentino

Los hechos son dados por las partes y a ellas incumbe probarlos. En esta materia el juez se limita, generalmente, a la mera comprobación del cumplimiento de las formas procesales. Rige pues el principio dispositivo, aunque las leyes procesales van ampliando progresivamente las atribuciones de los jueces para requerir medidas en orden al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos respetando el derecho de defensa de las partes (art. 36, inc. 2).

En cambio el Derecho es aplicado oficiosamente por el juez. Rige el principio *namra mihi factus dabo tibi ius* del que deriva la regla *intra curia novit* que autoriza al juez a seleccionar las normas jurídicas aplicables a los hechos ventilados en el proceso, que le permite incluso calificar jurídicamente a las relaciones jurídicas con independencia de la calificación que le hubieran dado las partes; así, puede calificar como venta lo que las partes llaman permuta, o cuenta simple lo que las partes denominan cuenta corriente.

Y aun puede calificar la acción deducida, si ello fue erróneamente hecho por la parte. Así, puede definir como acción de simulación lo que la parte creyó ser una acción revocatoria; y por ende, el juez debe aplicar las reglas de la acción de simulación.

Pero el juez no puede cambiar la acción deducida por otra distinta; así, si se reclamó la restitución de una cosa a título de locador no puede ordenarse la restitución a título de dueño.

La aplicación de este principio es lo que ha autorizado a la CSN a declarar de oficio —sin pedido de parte— la inconstitucionalidad de las leyes.