

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

**El debate sobre la Ley como la principal
Fuente del Derecho**

2009

Tutor: Luis Rateni

Alumno: David Lisandrello

Título al que aspira: Abogado

Fecha de Presentación: 10/02/2009

En primer lugar a mis padres
Susana y Jorge, por bancarme tanto tiempo.

A mi tutor, Luis Rateni
por ser justamente eso: un tutor
y no permitir que me desvíe.

A Alejandro Dolina,
filósofo contemporáneo

por abrirme la mente

1.- Introducción.

En el desarrollo de este trabajo intentaremos señalar lo que ya se viene hablando desde hace mucho tiempo desde todos los sectores del mundo jurídico, esto es, que la Ley como principal fuente del derecho ha perdido centralidad.

Para ello diremos que el panel de leyes en la actualidad no conforma un tapiz denso, ni mucho menos impermeable. Quizá la imagen que de mejor manera dibuja el mundo legislativo del siglo XXI es la de un “calado”, una composición de hilos de diversos colores que, lejos de conformar una textura espesa, proponen huecos, vacíos y espacios en blanco. Algo así como la tela de una araña, comparada con el topo y su robusta madriguera. Una especie de ser traspasable, frágil, capaz de sostener una serie de piezas, pero inservible si lo que se quiere es sustentar el conjunto del complejo edificio jurídico. Quizá no resulte tan académico como plástico el ejemplo, pero entendemos que refleja fielmente lo que, en nuestros días, denominamos "ley". Y es que, ésta ley nuestra, está enferma. Su esplendor, su buen estado, tan sólo es aparente. Aquella envidiable forma física del siglo XIX no tardó en ajarse, agrietándose la fachada del caserón que llamamos Ley, y junto con esa fachada se agrietaron todas las paredes y habitaciones, quedando permeable e insegura, la mentada seguridad jurídica de antaño.

Siendo el presente una descripción de la situación, un análisis del Estado del Arte, aquí no vamos a descubrir nada nuevo, ni siquiera vamos a inventar algo que no haya sido ya pensado, sino que intentaremos darle una visión particular a un problema por todos avistado; este trabajo final será como dice el genial Alejandro Dolina: “...un chalecito edificado con ladrillos del palacio de Nabucodonosor, ideas nobles que tuvieron su cuna en otras mentes...”¹

2.- Fuentes del Derecho en general.

A lo largo de este primer capítulo nos proponemos abordar en un primer momento, qué son las Fuentes del Derecho – y en especial la Ley - y qué tan importante son para el desarrollo de nuestro pensamiento jurídico, y para ello recorreremos a los más importantes autores de la materia, tanto civilista como de la filosofía del derecho; contestado este interrogante procederemos a preguntarnos cuáles son las Fuentes del Derecho por las que nos regimos en el ala continental en el siglo XXI y de qué manera se relacionan unas con otras.

La expresión Fuentes del Derecho suele usarse en diversos sentidos. Siguiendo la clasificación de Guillermo Borda, desde un primer punto de vista, que suele llamarse filosófico, significa la esencia suprema de la idea de Derecho; en este sentido el preámbulo en nuestra Constitución invoca la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia. Desde otro punto de vista que puede calificarse de histórico, fuentes del derecho alude a los antecedentes patrios o extranjeros que han podido servir de base a un determinado orden jurídico: es así que se afirma que las fuentes de nuestro Código Civil han sido el derecho romano, la legislación española, el Código Napoleón, etcétera. Finalmente la expresión Fuentes del Derecho se aplica a las normas o preceptos de derecho positivo, del cual nacen derechos y obligaciones para las personas.²

Rivera, en sus Instituciones de Derecho Civil, realiza un análisis similar al decir que 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 la palabra fuente puede ser utilizada al menos en tres grandes 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 Vélez Sarsfield al redactar los artículos 54 y 55 del Código Civil ha tenido como fuente al Esbozo de Freitas.

La segunda acepción se vincula a la idea de cómo el ordenamiento jurídico ha llegado a obtener su actual forma y contenido. Es decir que trata de encontrar porqué las instituciones del Derecho son como son en la actualidad. Desde este punto de vista, que ha sido denominado como causal o causativo, se dice que las fuentes del derecho han sido la tradición o el derecho consuetudinario, las decisiones judiciales y la articulación de los preceptos por vía legislativa.

La tercera acepción de la palabra fuente es la que nos interesa ahora, y 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.³

Ahora bien, llegado a este punto debemos preocuparnos por enunciar cuáles son estas Fuentes del Derecho, es por ello que nos encontramos con diferentes clasificaciones, según los autores que examinan el tema. Entre los civilistas suelen distinguirse exclusivamente entre fuentes formales o 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 algunos ordenamientos como obligatoria, bajo ciertas circunstancias se las incluye entre las fuentes formales. Algunos autores más modernos 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 aplicación⁴. Se incluyen acá la jurisprudencia, también según algunos autores, y la doctrina.

Carlos Santiago Nino sugiere la distinción entre, fuentes deliberadas de creación del Derecho y fuentes espontáneas. Cuando estamos frente a actos que no se realizan con la intención de establecer normas, pero producen ese efecto, se trata del segundo caso. La ley es el arquetipo de la forma deliberada o consciente de creación del derecho. La forma espontánea más común de creación de normas jurídicas es la costumbre.⁵

Norberto Bobbio distingue entre fuentes directas e indirectas del Derecho (estas últimas las divide, a su vez, en fuentes reconocidas y fuentes delegadas). La ley es una fuente directa del derecho en los sistemas jurídicos modernos. La costumbre es un caso típico de fuente indirecta reconocida, cuando la legislación reconoce o acoge las normas elaboradas consuetudinariamente. Finalmente, casos típicos de fuentes secundarias delegadas son los reglamentos y los actos contractuales celebrados por los particulares, debido a que la producción de los reglamentos y de los contratos se confía al poder ejecutivo y a los particulares, respectivamente.⁶

Entonces las Fuentes del Derecho, a modo de enumeración pedagógica e independientemente de las clasificaciones, son: la ley, en sentido amplio; la costumbre; la jurisprudencia; los principios generales del derecho y la doctrina de los autores.

Ya introducidos en el tema es menester decir, que la teoría de las Fuentes del Derecho aparece con el derecho moderno, con la idea de la ley como norma única o máxima, enraizada en tres conceptos fundacionales: el de soberanía de Estado, refiriéndose a que no hay poder por encima del derecho; el de monopolio del uso de la

fuerza, diciendo que el poder del Estado es la única garantía del derecho; y el de autosuficiencia del derecho, que todo derecho se encuentra dentro del derecho positivo.

En efecto, como lo estableciera Llambrías, si el derecho es un “orden social justo”⁷ cuyo núcleo expansivo se denominó “derecho natural”, y si el derecho positivo es la interpretación del derecho natural influida por las condiciones del medio social, las posibilidades de la coacción y la preocupación de consolidar el orden establecido, es necesario conocer los “medios por los cuales se expresa” o “cómo se constituye” este derecho positivo: tal es la teoría de las Fuentes del Derecho.

Durante el siglo XIX, en razón del predominio que adquirió la escuela francesa de la Exégesis⁸, la única fuente del Derecho que se admitía era la ley: el Derecho era la ley. Sólo ante las lagunas de la ley⁹ llegó a aceptarse la posibilidad de acudir subsidiariamente y en forma excepcional a otras fuentes, mencionándose a la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina de los autores.

Gény, célebre jurista francés de principios del siglo XX, revolucionó esta materia con su libro *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, publicado por primera vez en el año 1899.

Este autor distingue las fuentes “formales” de las fuentes “científicas”. Aproximémonos a su pensamiento.

Las fuentes formales son los hechos sociales imperativos emanados de autoridades externas al intérprete, con virtualidad bastante para regir su juicio¹⁰. Tales son la ley, la costumbre, la tradición (jurisprudencia y doctrina antiguas) y la autoridad (jurisprudencia y doctrina modernas). Simplificando esta enunciación los autores posteriores solo mencionan la jurisprudencia y la doctrina sin atender a la época de su aparición.

Las fuentes científicas, que luego habrán de llamarse también materiales, porque las provee la propia materia u objeto material del derecho que es la conducta del

hombre, provienen de la libre investigación científica del intérprete. Agotadas las fuentes formales y como siempre subsiste la necesidad de regular las acciones del hombre en sociedad, es menester, descubrir la regla adecuada, lo que se obtiene –Gény– por la libre investigación científica.

Libre porque el intérprete no obedece a la directiva de una autoridad exterior, y científica porque en esa tarea no pueden encontrarse bases sólidas más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar, que son suministrados por la propia naturaleza de las cosas. Esta labor tiene dos momentos: el primero una interrogación a la razón y a su conciencia que hace el intérprete para descubrir en la naturaleza de su ser las bases mismas de la justicia; el segundo la consulta a los fenómenos sociales para descubrir las leyes de su armonía y los principios de orden que ellos requieren, esto es, según Gény, la naturaleza de las cosas positivas.

Mientras las fuentes formales arguyen por su autoridad, las fuentes materiales gravitan por la persuasión que de ellas emana. Por esto, sugiere Llambías, ha de ubicarse a la doctrina proveniente de un tribunal de casación –entre nosotros las cámaras de apelación cuando sustancian recurso de inaplicabilidad de ley– como una fuente formal que obliga al intérprete, no por la fuerza de lo razonable de esa doctrina, sino por razón de la autoridad que la establece y que ha de respetarse aún salvando una opinión contraria de los jueces integrantes del mismo tribunal, o de los jueces inferiores.

3.-Las Fuentes del Derecho en Particular.

En el presente título ofreceremos un acercamiento a las distintas fuentes del derecho en particular, hablando de manera especial y acabada sobre la Ley, y tratando someramente las demás, las que serán tratadas oportunamente en la profundidad que se merecen, para comprobar la postura de los escribientes, a lo largo del desarrollo del trabajo.

4.-La ley.

La ley, considerada en el ordenamiento jurídico moderno, desde Rousseau a esta parte, como la decisión de la voluntad general (pueblo entero), decidiendo sobre el pueblo entero, por medio de normas generales y comunes, nos ha dejado su huella en los dos últimos siglos en el mundo occidental, especialmente de Europa continental, articulando la posibilidad de que coexistan los derechos o libertades en las sociedades, desterrando la idea antigua de la suprema voluntad de uno (el príncipe) por la del pueblo.

En ese sentido, la frase rousseauiana “No hay libertad sin Leyes” significará la clave que responda a la necesidad de garantía para los hombres, que se expresará a partir del siglo XVIII, y que conducirá a la creación de una idea de la ley útil para la convivencia en las sociedades que han adoptado posiciones o sistemas individualistas y que desean un funcionamiento ordenado donde se pueda predecir la intervención del Estado y se señalen los límites de las conductas de los ciudadanos a través de prohibiciones. Todo ello a través de normas escritas y públicas que a largo plazo contribuirán a fortalecer el valor de una seguridad que es capaz de desplegar sus efectos en una realidad enmarcada por las ideas liberales, de la forma como lo precisa García de Enterría, que la ley en todo caso incorpora, aparte del principio democrático, dos valores sin los cuales no puede vivir la sociedad de un Estado de Derecho, el principio de la seguridad jurídica y el principio de certeza del Derecho y su previsibilidad como ordenador de las conductas, sin los cuales sería difícil hablar de una sociedad libre.¹¹

De esta manera, se puede verificar que existe una concepción de la ley que ha extendido sus efectos hasta nuestros días, a partir de la Revolución Francesa. Es interesante comprobar que sus propios alcances y contenidos no han permanecido estancados sino, han ido adaptándose a las circunstancias y lógicas en las que se iba desplegando. Así, tras un cambio de método notable desde el pensamiento racionalista

ilustrado propio del ambiente filosófico, alejado de la vida pública activa del siglo XVIII al de otro esquema de reflexión en el siglo XIX cuando los temas referidos a leyes, libertad y derechos pasan a ser materia de tratamiento de ciudadanos políticamente comprometidos, se conecta la concepción de la ley con la de la libertad que conduce al progreso moral del individuo; libertad entendida como lo que los individuos tienen derecho a hacer y la sociedad no tiene derecho a impedir, proclamada entonces ya, como parte del pensamiento constitucional de la época.

De este, mientras que para los liberales del siglo XVIII, como Charles Louis de Montesquieu, la libertad política ¹² es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, para el constitucionalismo se tiene que encontrar alguna forma de aplicar límites a las leyes; es decir que se hace obligatorio entender la libertad como hacer lo que las leyes permiten y a su vez que se considere lo que no está permitido que la ley prohíba, planteándose un límite a la posibilidad de prohibir de la ley.

Asimismo, respecto de Rousseau para quien la libertad es la participación en la cosa pública así como la obediencia a la ley y; a su vez, obedecer a la ley no es más que obedecer a la conciencia de uno mismo¹³, Constant sostendrá que si bien es posible justificar la voluntad general como el principio de legitimación de la ley, ésta, a diferencia de lo que piensa el filósofo ginebrino, no es una ley que puede regularlo todo, sino que es una ley que tiene límites, al existir espacios en los que no puede intervenir y que están referidos a la conducta y la conciencia; de modo que introduce la conciencia moral individual como límite a la voluntad general que a su vez se extiende a la soberanía nacional, en consecuencia la soberanía rousseauiana queda limitada por la conciencia individual, la cual estaría en la base de los derechos de los individuos. De ese modo señala que: hay por el contrario, una parte de la existencia humana que, necesariamente, permanece individual e independiente y que se encuentra, por derecho, fuera de toda competencia social.¹⁴

De esta manera, Benjamin Constant intenta plantear la dimensión típicamente liberal de un “coto vedado” en el que no puede entrar la sociedad, ni incluso aquella legitimada de acuerdo con la voluntad general. Sin lugar a dudas, ello implica la consideración de una nueva concepción de la libertad, la de los modernos que se contrapone a aquella de fases anteriores de la evolución de la humanidad, a la que denomina de los antiguos, entendida como de participación en la configuración de la ley. En suma, al considerar ineludible la representación y asimilar la voluntad general al consenso mayoritario, el precitado autor no puede sino abandonar la propuesta del ginebrino.

Sin embargo, es dable precisar que, no obstante esta postura limitadora de la ley, dentro de los derechos que forman ese núcleo inatacable consistente en la libertad individual, la libertad religiosa, la libertad de opinión, el gozo de la propiedad y la garantía contra la arbitrariedad; hay uno de ellos que en su particularidad de convención social es de competencia y está bajo la jurisdicción de la sociedad. Para tal caso, los límites de las potestades del soberano provienen ahí del hecho de que la propiedad está ligada a otras esferas de la existencia humana y que el legislador no puede intervenir en la regulación de la propiedad sino en la medida en la que ésta no conlleve atentar a los otros derechos fundamentales. Habría entonces en el derecho de propiedad aspectos que tocan al derecho natural y otros que están sometidos al soberano que permanece como *pretor* del interés común. A través de esta concesión a la doctrina rousseauiana, Benjamín Constant dejaba abierta la posibilidad de una inflexión democrática del liberalismo político que, no obstante, la mayoría de sus sucesores, no considerarían.

Ahora bien, vale ser recalcado que es precisamente en el siglo XIX que gran parte del aparato conceptual del siglo XX comienza a ser construido. De allí provendrán muchas nociones, términos y definiciones que han influido en el debate y pensamiento que se ha extendido hasta la actualidad, muy vinculados al ámbito filosófico jurídico-

político y constitucional como aquellos de Estado de Derecho, derechos de participación política, derechos sociales, positivismo, liberalismo y socialismo; y muchos más que irrumpen en la reflexión decimonónica como producto de la lógica más práctica y vinculada a las situaciones concretas de ese momento y que conllevan a sacar del foco la atención sobre los argumentos abstractos propios del siglo XVIII.

De allí procederá la importancia del concepto de Estado de Derecho y su íntima relación con la definición de la ley hasta la actualidad. Así, al ser institucionalizado jurídicamente por la burguesía como Estado liberal de Derecho, este modelo adopta lo establecido en los artículos 3 y 6 de la Declaración de 1789, que arenga la absoluta primacía de la ley, expresión de la voluntad general en cuanto que el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación, base absoluta de la mentada seguridad jurídica.

Es decir, que para lograr esa garantía y seguridad jurídica de los derechos resulta de primordial importancia resaltar la seguridad jurídica en sí, entendida ésta como un valor que pretende crear condiciones mínimas para la existencia de la libertad moral, a través de una libertad de elección, garantizada frente al temor y a la violencia de los demás. De ahí que por ejemplo Gustav Radbruch la valore más allá de su crítica tras la Segunda Guerra Mundial, al positivismo jurídico.¹⁵

Considerando estos tópicos, vale revisar la inserción de la ley dentro del ordenamiento jurídico actual, entendido éste en sus dimensiones epistemológica, ontológica y axiológica; es decir en primer lugar como la que hace posible el conocimiento del Derecho como un todo unitario, coherente, y que lo convierte en algo perfectamente comprensible y explicable en todos sus aristas; en segundo lugar como conjunto unitario y sistemático de normas jurídicas; y en tercer lugar como una consideración de los principios que derivan de valores positivizados para identificar a

las normas en virtud de sus contenidos materiales, alejándonos de la postura extrema de Kelsen luego de someter a la norma a su doble depuración¹⁶

Habiendo planteado ya el Estado del Arte¹⁷ en torno a la cuestión filosófica de la ley, es menester ocuparnos de su definición y caracterización en la doctrina nacional.

La ley es la fuente primaria y fundamental del derecho, nos cuenta Borda; su preponderancia sobre todas las demás es especialmente notable en el derecho civil.

Desde un punto de vista material o sustancial, ley es toda regla social obligatoria, emanada de autoridad competente. Por consiguiente no solo son leyes las que dicta el Poder Legislativo, sino también la Constitución, los decretos, las ordenanzas municipales, los edictos policiales.

Desde un punto de vista formal se llama ley a toda disposición sancionada por el Poder Legislativo, de acuerdo con el mecanismo constitucional. En este sentido no solo son leyes las normas de carácter general, obligatorias para todos los habitantes, sino también ciertos actos de autoridad, que carecen del requisito de la generalidad¹⁸ y que a veces se traducen en un privilegio en favor de determinada persona, como por ejemplo una ley que otorga una pensión o la que da la concesión de un servicio público.

4. 1.- Caracteres de La Ley.

Los caracteres de la ley pueden dividirse para facilitar su comprensión, en externos e internos, a saber; dentro de los primeros incluiremos a la generalidad y abstracción, es decir la ley no se dicta para casos particulares ni personas individualmente consideradas, sino que están sometidas a ellas todos los que se encuentran en el supuesto de hecho de la misma. También aquí encontramos la permanencia, porque la ley solo puede extinguirse o cambiarse por los procedimientos establecidos en la constitución o en las leyes. Y como último carácter externo tenemos a la legitimidad formal, es decir que deben ser dictadas por el poder social competente

(poder legislativo a través de sus órganos) y por otros órganos competentes para producir normas jurídicas de carácter general.

Por otro lado los caracteres internos, son más bien condiciones esenciales para que la ley llene su función rectora y humana. Entre estos tenemos que la ley debe ser honesta: no debe estar en desafío con un principio superior perteneciente al derecho natural ni con una ley de jerarquía superior con el derecho positivo. Debe ser justa: porque se ordena al bien común. Debe ser posible: no debe exigir actos heroicos. Adecuada: a las costumbres del lugar y conveniente en el tiempo. Debe ser clara. Debe ser provechosa: estatuida para utilidad de los ciudadanos y no para beneficio particular; debe estar orientada para obtener el bien común en armonía con la seguridad y la justicia. Obligatoriedad: la ley es obligatoria y coercible, obligatoria porque impone un deber para obtener el bien común; debe existir una obligación moral de obedecer el derecho; y coercible para que sea capaz de ser exigida por la fuerza cuando no se cumple espontáneamente.

A estos caracteres Llamás le suma el de socialidad, ya que se dicta para el hombre en cuanto miembro de la sociedad, y se dirige a gobernar las relaciones interindividuales.

4. 2.- Clasificaciones de la Ley.

- a) Ley en sentido material y en sentido formal: prescindiremos de su análisis por haber sido expuesto este tópico ut-supra.
- b) Ley de derecho estricto y de derecho equitativo:

También se denominan rígidas o flexibles. En las primeras el precepto es taxativo y no deja margen para apreciar las circunstancias del caso concreto, ni graduar sus consecuencias; un ejemplo de estas leyes lo constituye la que establece la mayoría de edad a los 21 años.

En las segundas, resulta más o menos indeterminados los requisitos o los efectos del caso regulado, dejando un cierto margen para apreciar las circunstancias de hecho y dar al derecho una configuración justa y humana.

Esto sucede por ejemplo cuando la ley se refiere a la existencia de “justos motivos” o a “causas graves” o a “la diligencia de un buen hombre de negocios”, casos en los que la elasticidad está en los supuestos de la norma, en su hipótesis.

A veces la elasticidad se encuentra también en las consecuencias previstas por la norma; por ejemplo cuando autoriza al juez a morigerar una sanción (art. 1069 CC) o a adecuar un contrato (art. 1198 CC) o a imponer una indemnización de equidad (art. 907 CC).

En general corresponden al derecho equitativo todos los preceptos que se remiten a conceptos de contenido variable –conceptos válvulas, standards- a través de los cuales penetra en el Derecho las influencias mudables de la vida social, o lo que es igual las concepciones sociales de cada pueblo y momento.¹⁹

c) Leyes imperativas o 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 el ámbito 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. 1197 CC)

d) Ley preceptiva y prohibitiva:

Esta 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 ejemplo 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 ejemplo la prohibición del matrimonio entre hermanos o la prohibición del pacto de retroventa en la compraventa de cosas muebles.

e) Ley complementaria e interpretativa:

Esta 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 (quien carga con los gastos de la locución 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 ejemplo el art. 218 del Código de Comercio.

5.- La Costumbre.

La importancia de la Costumbre como fuente de derechos y de obligaciones ha variado fundamentalmente a través del tiempo. En las sociedades poco evolucionadas era la principal fuente del Derecho²⁰; pero a medida que las relaciones humanas se fueron haciendo mas complejas y múltiples fue necesario ir determinando con más precisión de lo que la costumbre permite, los derechos y las obligaciones de los hombres. Falta de precisión, de certeza y de unidad son los grandes defectos de la costumbre²¹; por esta misma razón, la técnica legislativa fue perfeccionándose paulatinamente y, al mismo tiempo, el campo de la costumbre se fue estrechando. También contribuyeron a su decadencia las grandes revoluciones sociales, pues la

implantación de un nuevo orden exigía a veces la abrogación en bloque de las antiguas costumbres (así ocurrió con la Revolución Francesa y con la Rusa); por último, la influencia del racionalismo y el auge de la teoría de que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes hizo mirar con desconfianza esta fuente del derecho, que en el fondo importa una ley nacida espontáneamente del pueblo y no establecida por el parlamento.

En el derecho contemporáneo, el papel de la costumbre es, sin duda, modesto, si se lo compara con la ley. Pero el realismo que caracteriza el sentimiento jurídico de nuestros días ha hecho reverdecir su prestigio como fuente del derecho. La idea de una abdicación completa, absoluta por parte de la colectividad y a favor de sus poderes constituidos, de su aptitud para crear el derecho es quimérica y pueril dice Josserrand; la canalización perfecta del derecho es ilusoria hágase lo que se haga, la vida continúa y su curso nadie puede detenerlo y cristalizarlo en un momento dado y para siempre²². Las legislaciones más recientes le reconocen expresamente su papel de fuente, y así lo ha hecho en nuestro país la ley 17.711 al reformar el art. 17.

Por lo demás la gran virtud de la ley, que es su claridad y precisión, se está perdiendo en nuestros días ante la manía legisferante de los poderes públicos. La legislación contemporánea es tan copiosa, a veces tan desordenada y hasta contradictoria, que su conocimiento resulta cada vez más difícil. Tal es la importancia de esta apreciación que constituye uno de los puntos centrales a demostrar en el presente trabajo, poniendo en el tapete la discusión acerca de si sigue siendo la ley la principal fuente del Derecho contemporáneo.

Frente a estas normas, muchas veces desprestigiadas por lo arriba expuesto, una sólida y espontánea costumbre, adquiere un prestigio y -cosa singular-, una claridad y justicia notables.

5. 1.- Definición de Costumbre.

La costumbre consiste en la observancia constante y uniforme de un determinado comportamiento por parte de los miembros de una comunidad social, con la firme convicción de que ello responde a una necesidad jurídica

5. 2.- Elementos de la Costumbre.

.Para ser considerada tal en la acepción jurídica de la palabra, debe cumplir con dos elementos:

a) El material, que consiste en una serie de actos repetidos de manera constante y uniforme; no es indispensable el largo uso de que hablaban los antiguos juristas y en particular los canonistas, pues es evidente que hay costumbres de formación muy reciente y que, sin embargo, tienen fuerza obligatoria, aunque sin duda un uso prolongado contribuye a hacerla más venerables; en cambio es necesario que el uso sea general, es decir, observado por la generalidad de las personas cuyas actividades están regidas por aquel, no bastando que sea la práctica de algunas pocas.

b) El psicológico, que consiste en la convicción común de que la observancia de la práctica responde a una necesidad jurídica; por consiguiente los simples usos sociales, que en la opinión general no tienen relieve jurídico, no pueden considerarse costumbres en el sentido de fuente del derecho. Tal es el caso de los presentes de uso en ocasión del casamiento, del cumpleaños, de navidad, que no generan derecho alguno.²³

La importancia del derecho consuetudinario a lo largo de la historia ha variado. Tuvo mayor predicamento en las sociedades menos desarrolladas y por lo tanto más homogéneas. En la actualidad donde lo que prima es la pluralidad, diversidad y heterogeneidad el sistema consuetudinario plantea muchas más dificultades. Sea como fuere y aún en una sociedad en continuo cambio como la nuestra, no se debe desdeñar el papel de la costumbre porque aunque es fuente subsidiaria de la ley y por lo tanto

jerárquicamente subordinada a ésta, es muy útil para interpretar la voluntad popular y para proporcionar mayor elasticidad a la ley en aras al logro de la justicia.

Pero para que cumpla esta función es necesario distinguirla de figuras análogas como los usos sociales o de cortesía. No hacerlo así implicaría el riesgo de falta de seguridad y certeza en el administrado.

Como la mayoría de los autores, consideramos que la diferencia está en la naturaleza de las sanciones. El mero uso social no impone sanciones o son muy leves. Un pequeño malestar o desagrado que es tolerado. Recuérdese la primera vez que se usó la minifalda, el bikini, la melena, la colita o trenza y el aro en la oreja izquierda de los varones. La costumbre, en cambio, causa ya trastornos mayores y la comunidad indiferenciada impone sanciones a los transgresores. La costumbre se vuelve jurídica cuando la sanción está más o menos determinada y es aplicada por los órganos públicos o jurisdiccionales.

En consecuencia, como señala Cueto Rúa, no hay diferencia de naturaleza o de género, sino sólo de especie. Tanto los usos como las costumbres pertenecen al mismo género. La diferencia no es esencial sino sólo en la intensidad o grado de las sanciones.

Corresponde ahora explicar a que se debe esta diferencia en la sanción. Según Cueto Rúa, reside en la distinta valoración que le atribuye la comunidad a la conducta que se viola. Si la comunidad considera que es muy valiosa reserva el castigo, su naturaleza y jerarquía a los órganos públicos. Estamos ante el derecho consuetudinario. Si no se estima tan valiosa, ella directamente aplica la sanción.

Estamos de acuerdo con esta opinión, aunque preferimos darle otra forma. Estimamos que lo que está en juego para la comunidad es si afecta o no el bien común. Cuando éste es lesionado, la violación a la costumbre es sancionada por el estado con normas expresas, con penas preestablecidas y por medio de funcionarios públicos. Si sólo es menoscabado el buen vivir social o la grata vida de la comunidad, ella misma se

reserva el castigo.

6.- La Jurisprudencia

En sus entonces fue definida por Justiniano como el conocimiento de la cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto. Pero hoy entendemos como jurisprudencia a aquello que se refiere a los fallos de los tribunales judiciales. Proviene de las expresiones latinas *ius* (derecho) y *prudencia* (sabiduría). Se puede definir como el conjunto de fallos, decisiones de los tribunales sobre una materia determinada, emitidas en ocasiones de los juicios sometidos a su resolución, los cuales aún no teniendo fuerza obligatoria, se imponen por el valor persuasivo de sus razones y la autoridad del órgano del que emanen. Es un conjunto reiterado de criterios establecidos por los tribunales y en especial por la máxima instancia judicial del país.

Como señala Cueto Rúa, citando a Chamberlain que según el principio de *stare decisis* una decisión deliberada y solemne de un Tribunal o de un juez, dictada luego de discusión, sobre un punto de Derecho planteado correctamente en un caso, y necesaria para su decisión, es una autoridad (*authority*) o precedente obligatorio en el mismo tribunal o en otros tribunales de igual o inferior rango, en casos subsiguientes, cuando el mismo punto se vuelve a litigar; pero el grado de autoridad que corresponde a tal precedente depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de los tiempos, y del juicio de los tribunales subsiguientes, respecto de su corrección como una manifestación del derecho real o vigente, y la compulsión o exigencia de la doctrina es, en ultimo análisis, de orden moral e intelectual, mas que arbitraria e inflexible.²⁴

6. 1.- Función Creadora y de Integración

La legislación algunas veces presenta casos no previstos; sin embargo, existe el principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico, según el cual el Derecho siempre trae soluciones para los casos discutidos recurriendo a fuentes subsidiarias. El juez al sentenciar, debe subsanar los vacíos dejados por el ordenamiento jurídico. De

esta forma, la jurisprudencia está realizando una función de creación e integración del Derecho.

En Argentina la codificación del derecho no ha permitido que la jurisprudencia tenga la misma importancia, postura hoy puesta en duda por los que suscriben, y que sirve de sustento al presente trabajo.

Las líneas jurisprudenciales elaboradas minuciosamente durante décadas, habitualmente son inutilizadas en un día por una ley del Congreso que resuelve lo contrario a la Jurisprudencia, y esa disposición legal - en la medida en que los jueces no la consideren violatoria de la Constitución Nacional-, es obligatoria para ellos. La tradición codificadora y reglamentarista, acabó minimizando la importancia de la jurisprudencia, relegada a llenar vacíos legislativos.

6. 2.- Función de Adaptación

La ley, una vez formulada, permanece fija o invariable; en cambio las condiciones sociales para las cuales se dictó cambian continuamente. En este aspecto, la jurisprudencia juega un importante papel en el Derecho porque va adaptando la ley a las nuevas condiciones sociales, va armonizando la ley con las ideas contemporáneas y con las necesidades modernas.

6. 3.- Función de Promoción de la Uniformidad

Los jueces y tribunales tratan de mantener un criterio uniforme y constante en sus decisiones, respetando los criterios establecidos en sus propios fallos. Por otra parte, la jurisprudencia de un tribunal debe ser acatada no solo por el tribunal que la produjo, sino también por otros porque se supone que antes de llegar a cualquier conclusión deben haber estudiado el caso con detenimiento y resulta conveniente aprovechar el trabajo realizado por ese tribunal. Aunque no exista la obligatoriedad del precedente, las decisiones de los tribunales suelen ser mantenidas de hecho por el propio tribunal que

las dicta y por otros tribunales de igual o inferior categoría. Esto conduce a una uniformidad en la manera de aplicar el Derecho o a una unificación de criterios.

6. 4.- Medios para unificar la jurisprudencia.

a) El recurso de casación: solo juzga acerca del derecho, cuestiones de hecho las deciden los tribunales de instancia. El tribunal de casación resuelve *per se* el litigio, dictando la sentencia definitiva.

b) El recurso extraordinario: medio eficacísimo de unificación, pues no podrán ser interpretadas por los tribunales de una provincia de cierta forma y por los de otra, de una manera distinta. La Corte Suprema asegura que la Constitución y las leyes nacionales tengan un mismo significado en todo el país.

c) Tribunales Plenarios: es aquel que se produce cuando todos los jueces de las Salas de la Cámara de Apelaciones se reunirán en pleno con el objeto de unificar jurisprudencia y evitar sentencias contradictorias. Será de aplicación obligatoria para las salas de la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales la Cámara que la pronuncie sea tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión.

7.- La Doctrina.

Es el conjunto de las opiniones de los jurisconsultos o estudiosos del derecho. En el derecho moderno, la doctrina de los tratadistas, carece de toda fuerza obligatoria, no es ley, sin embargo su opinión suele ser citada con frecuencia por los jueces, en los fallos de los tribunales y en los fundamentos de las mismas leyes, como también para fundamentar la sentencia. Su valor depende del prestigio y autoridad científica del jurista que la ha emitido.

7. 1.- Influencia de la Doctrina

La Doctrina es necesaria para la confección de las leyes; prepara el inicio de la tarea legislativa ofreciendo el esquema de la organización jurídica de modo que el

legislador pueda conocer la situación presente y prever la eficacia y aplicación futura de una norma; señala los límites y la orientación aconsejable de las leyes, conforme a las exigencias de la justicia y de la realidad política y social y muestra el modo de que las disposiciones legales consigan exactamente sus fines. En la aplicación de las normas es función de la Doctrina determinar el verdadero sentido de cada regla jurídica dentro del ordenamiento jurídico y señalar la solución más adecuada de los casos prácticos.

La Doctrina es fuente formal indirecta del Derecho; su valor principal depende de la categoría del autor que la origine: tanto mayor será cuanto más acentuados tenga estos caracteres: Independencia: respecto a los intereses particulares o de los grupos de presión, siendo su única finalidad colaborar con la ley. Autoridad Doctrinal: porque las obras jurídicas no tiene otro valor que el que le hay merecido su autor a través de su propia producción doctrinal. Responsabilidad: porque el cultivo de toda ciencia requiere una sólida formación y actuación moral y responsable en la vida privada y pública.

Por encima de toda técnica jurídica existe un saber jurídico que la valora y la eleva, un saber total que abarca toda la conducta humana y que en el jurista presenta finos matices que le dan el verdadero sentido jurídico; pero esta elevación no se debe alejar de la realidad, la investigación del jurista no se puede desarrollar al margen de la vida, sino al contacto con la patología vital de la sociedad, ya que la determinación de lo justo sólo puede llevarse a cabo al calor de las realidades sociales²⁵.

8.- Los Principios Generales del Derecho.

Los principios generales del derecho constituyen una fuente reconocida expresamente por nuestro propio ordenamiento, ahora bien cabe preguntarse ¿Qué es un principio de derecho? Es una idea rectora o en otras palabras, principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación existente o posible. La segunda cuestión que se plantea es ¿De donde emanan esos pensamientos rectores que se califican de principios generales? Al respecto existen dos concepciones posibles²⁶:

a) La iusnaturalista, representada entre otros por Gény, Del Vecchio, Aftalión, García Maynes²⁷, los principios generales del derecho son los principios del derecho natural, como aparecía reconocido en el art. 7 del Código Civil austriaco de 1811, y en el art. 15 del Código Sardo de 1837, ambos fuentes de nuestro art. 16. En corriente de opinión semejante, se alude a principios que emanan de la idea de justicia o de la naturaleza de las cosas.

b) La orientación iuspositivista, que concatena los principios generales con el derecho positivo; se habla así de los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado (Código Civil 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.

Coincidiendo con ambas posturas creemos que los Principios Generales del Derecho -por ser las normas positivas inspiradas en forma primigenia en los postulados del derecho natural- son esa base de principios donde se asienta el sistema jurídico en su conjunto (entendiendo por tal no solo el plexo normativo), tales como: La buena fe, la equidad, la prohibición del enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho, la fuerza mayor, el derecho al desarrollo, la solidaridad y cooperación entre los estados y el respeto de los derechos humanos.

El artículo 16 del Código Civil dice: “si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras ni por el espíritu de la ley se atenderá 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”.

Cumplido el propósito del primer capítulo de aproximarnos al tema, dando una vista panorámica del asunto en cuestión, nos proponemos cerrarlo, luego de comentar que damos por probado el primer punto de tesis, donde expusimos que la Ley perdió la

centralidad de la que gozaba en el siglo XIX, esto es por el exceso de normas jurídicas que padece el mundo occidental y que terminan por marear al juzgador cuando intenta resolver el caso concreto.

Dejamos abiertos los contenidos que se tratarán en el capítulo siguiente: ellos son, el rol de la jurisprudencia como fuente viva del derecho, el avance que ha tenido esta fuente en los últimos años, y cómo la jurisprudencia es el puntal para resolver las cuestiones jurídicas y metajurídicas -cuya solución estaba dada antes por la ley- que tienen como finalidad permitir y mantener, la vida en sociedad y la mentada seguridad jurídica, respectivamente.

1.- La Jurisprudencia.

A lo largo de este segundo capítulo nos proponemos visualizar qué es la jurisprudencia y cual es su status actual y real como fuente del derecho, para intentar responder a uno de los puntos de tesis, tal es el que enuncia que la Jurisprudencia ha tenido un considerable avance como Fuente del Derecho y que tiene casi tanta importancia como la ley.

Para ello debemos comenzar por hacer un cercamiento al concepto de Jurisprudencia, delimitando su contenido, para que tanto los lectores como el escribiente hablemos el mismo idioma, compartamos el mismo código. Veamos.

Desde el punto de vista etimológico, jurisprudencia significa conocimiento o ciencia del derecho; coincidentemente con esto el Diccionario de la Real Academia española la define como “la ciencia del derecho”.

Pero el significado más general y común de la palabra, por lo menos de este lado del globo, es distinto: se refiere a los fallos de los tribunales judiciales que sirven de precedentes a futuros pronunciamientos.²⁸ Para que haya jurisprudencia no es indispensable que los fallos coincidentes sobre un mismo punto sean reiterados; a veces una sola sentencia sienta jurisprudencia: es lo que en el derecho anglosajón se denomina *leading case*. No obstante esto, sin lugar a dudas una jurisprudencia reiterada y constante es más venerable y tiene mayor solidez como fuente de derechos y obligaciones.

1. 1.- Antecedentes.

Se ha visto como el derecho honorario o pretoriano constituía una fuente formal del Derecho Romano,²⁹ y como su decaimiento se produce con el absolutismo del Imperio, pese a lo cual cabe reconocerle naturalmente un importantísimo papel en la formación de las instituciones jurídicas modernas.

Durante la Edad Media se produce un declinamiento de la función judicial, que se acentúa aun más con el absolutismo: el soberano no aceptaba que las leyes pudieran ser interpretadas y ello daba a la función judicial un mecanismo absoluto.

La Revolución Francesa no mejora las cosas, ya que en gran medida el Parlamento sustituye al príncipe en la interpretación de la ley y los tribunales siguen estando restringidos en su capacidad interpretadora.

Recién cuando avanza la labor codificadora europea y se asienta el sistema político fundado en la trilogía de poderes, es que el poder judicial comienza a ejercer plenamente sus funciones y se vislumbran sus posibilidades de constituir una fuente de Derecho a través de sus decisiones.

2.- Su valor como Fuente.

Se discute en doctrina si la jurisprudencia debe ser o no considerada como una fuente del derecho. Desde el punto de vista de la lógica estricta, la razón parece estar de parte de quienes le niegan categoría de fuente formal, sustantiva e independiente, puesto que los juzgadores, según esta mirada, no hacen otra cosa que aplicar la ley: la ley siempre es la que decide el caso y es a nombre de ella que los jueces fallan.

Pero si este planteo teórico parece indiscutible, la verdad es que, en la práctica, la jurisprudencia es fuente riquísima de derechos. Veamos.

a) Opiniones negativas:

Una gran corriente doctrinaria persiste en negar de que la jurisprudencia constituya una fuente del derecho; por ejemplo García Amigo³⁰ dice que la jurisprudencia fija el sentido de la norma, salva contradicciones posibles del legislador y que es la mejor fuente de conocimiento del derecho positivo, pero no tiene aptitud para crear normas jurídicas y su función es distinta de la legislativa.

Albaladejo³¹ por su lado, sostiene que ni aun en los casos de laguna legislativa la jurisprudencia constituye fuente del derecho, ya que las lagunas aparentemente dejadas por la ley y la costumbre se llenan con los principios generales y si todavía así hubiera alguna aparente laguna llenada por la jurisprudencia, no es regulación suya sino una de los; por regulación de los principios generales, de los cuales la jurisprudencia se limita (aplicándolos) a establecer qué regulación concreta se desprende de ellos, que son abstractos o generales, para el caso singular; o son regulación de la ley o de la costumbre, pues realmente el caso no estaba huérfano de regulación, sino que lo estaba solo aparentemente, y así resulta que la aparente regulación establecida por la jurisprudencia no es sino la fijación del verdadero sentido que dichas normas legales o consuetudinarias encierran.

b) Opiniones positivas:

Sin embargo la tesis expuesta *ut supra* no es totalmente uniforme, pues muchos autores, especialmente franceses modernos, sostienen que la jurisprudencia sí constituye una fuente del Derecho; inclusive los hermanos Mazeaud dicen que la discusión es puramente teórica y desprovista de interés, pues en los hechos la jurisprudencia constituye sin lugar a dudas una fuente del Derecho.

Marty y Raynaud³² dicen que la jurisprudencia crea Derecho:

- cuando la ley es demasiado lata, y los jueces precisan los conceptos en su aplicación; por ejemplo cuando dicen que conducir un auto de determinada manera es 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 sentido semejante se ha dicho que la jurisprudencia es creadora de Derecho, pues en la interpretación de la ley es donde el juez encuentra la ley aplicable; esta

interpretación es necesaria cuando la ley es contradictoria u oscura; y generalmente también es indispensable cuando ella es clara, pues es difícil que una especie pueda ser resuelta por la aplicación de una norma completa y precisa. Aparentemente, *a priori*, la interpretación nada agrega, pero en los hechos el juez debe elegir entre dos o más interpretaciones sugeridas por las partes o por la doctrina, y en ella y aparece un poder creador³³.

Por lo visto, para esta corriente: el juez precisa y completa la ley; el juez elimina las antinomias, cuando existen en la misma ley; el juez adapta el Derecho a la evolución de los hechos.

Ahora bien, seguimos analizando el problema de si el ejercicio de la jurisdicción implica una mera aplicación de normas jurídicas generales a casos concretos, o si por el contrario, constituye un verdadero proceso de creación de Derecho. A este respecto, Kelsen considera que en primer lugar no hay que identificar el concepto de creación de derecho expresado en el concepto de legislación, con la actividad de ciertos órganos históricamente individualizados, que realizan una tarea especializada, confundiendo de ese modo el concepto de <derecho> con el de <ley>.³⁴

Pero, en segundo término, nos urge advertir que la antítesis de legislación y jurisdicción, esto es de creación y de aplicación de Derecho no es absoluta, sino relativa. El autor precitado agrega que para que una norma general alcance un sentido concreto necesita de la individualización. La sentencia establece la forma en que deben comportarse las partes ante el problema de derecho planteado; es decir, establece normas de conducta cuyo cumplimiento puede lograrse coercitivamente. Siguiendo la terminología kelseniana, puede validamente decirse que legislación y jurisdicción no son sino etapas diferentes del proceso de creación jurídica.

Ahora veamos, a nuestro entender, algunas de las razones de la extraordinaria importancia que tiene esta fuente en el derecho moderno:

a) El Poder Judicial es la autoridad final en lo referente a la interpretación de la Constitución y las leyes. Dentro de las numerosas interpretaciones o versiones a que siempre se presta un texto legal, la única válida, la única a cuyo servicio esta el *imperium* del Estado, es aquella adoptada por los tribunales.³⁵

b) Una misma ley suele ser interpretada de modo distinto por los tribunales de las distintas provincias. De donde inferimos la siguiente consecuencia: que siendo la ley idéntica, la regla jurídica realmente vigente suele ser distinta en cada una de las provincias.

c) La ley no es una norma constante y fija aplicada ciegamente por el juez a los hechos del litigio que debe decidir. Por el contrario, tiene una naturaleza flexible, adaptable a las circunstancias del caso. Los jueces restringen su aplicación o la amplían, modifican muchas veces la regla atribuyéndole un significado distinto al que anteriormente se le atribuía³⁶; cuando esto ocurre se dice que hay un cambio de jurisprudencia. La norma hasta entonces imperante, es sustituida en la realidad de la vida jurídica por una nueva. Esta nueva interpretación no es en el fondo sino una manera distinta de regular las relaciones jurídicas.

c) Las leyes, por lo común, solo establecen principios generales; aun las más minuciosas o detallistas, solo prevén un pequeño número de casos en relación a la variedad infinita que ofrece la vida del derecho. Es éste el famoso problema de las lagunas del derecho: en muchos casos la ley nada dice, nada prevé y, sin embargo, el juez está obligado a fallar (Art. 15. CC) como una condición inexcusable del orden social y puesto que la ley no ha contemplado el caso, la solución dada por los jueces, su jurisprudencia, es eminentemente creadora. Igualar o reducir el Derecho a la Ley (Derecho = Ley) es de un egoísmo intelectual atroz, ni siquiera válido en los primeros tiempos de la codificación, donde casi todo estaba regulado.

Se ha negado la existencia de las llamadas lagunas del derecho. Se afirma que si no existe una norma particular y concreta para el caso, éste caerá de todos modos dentro de los llamados principios generales del derecho, lo que significa que siempre hay una norma jurídica aplicable. Aun admitiendo que esto fuera exacto, hay que notar que estos principios generales del derecho –la equidad, la justicia, la moral, las buenas costumbres, etc.- (sobre los que nos explayaremos en el capítulo siguiente) son tan amplios, que dentro de ellos los jueces pueden moverse cómodamente, imponiendo muy variadas y distintas soluciones. Pero siempre, su pronunciamiento será creador de derechos y obligaciones. Es innegable que la jurisprudencia ha organizado espontáneamente las relaciones de la vida social en los casos de deficiencia del orden jurídico formal. Si el orden jurídico es perfecto y hermético, si no puede darse un caso sin solución legal, ello se debe a que el juez lo integra y debe pronunciar su fallo en todos los casos, sin poder negarse bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley.

Nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional ha dictado un fallo de capital importancia, que otorga a la jurisprudencia un valor similar al de la ley, como fuente del Derecho³⁷. El caso era el siguiente: de acuerdo a una primera jurisprudencia del Alto Tribunal, los beneficios otorgados por las leyes 11.729 y 11.110 eran incompatibles; pero en 1947 se modificó esa jurisprudencia, en el sentido de la compatibilidad de ambas. Los actores que de acuerdo con las primeras decisiones de la Corte, no habían recibido la indemnización de despido la reclamaron judicialmente; pero el Tribunal resolvió que el pago hecho por el patrón a sus obreros de los que según la ley y la jurisprudencia interpretativa de ese momento les correspondía, y recibido por ellos sin reserva ni salvedad alguna, es definitivo y no puede dar origen a un posterior reclamo, aunque varíe la jurisprudencia interpretativa.³⁸

Este fallo tiene importancia, puesto que según él, la jurisprudencia adquiere una fuerza análoga a la de la misma ley. Las relaciones jurídicas concluidas bajo el imperio de determinada jurisprudencia se rigen por aquella, aunque después cambie. Aun cuando hoy sostengan los tribunales que la ley estuvo mal aplicada y que no dispone lo que entonces se creyó que disponía, basta la existencia de esa jurisprudencia – no importa que fuera errónea- para generar derechos y obligaciones, que las nuevas decisiones no pueden vulnerar. Como se ve, ya no es la ley la que está rigiendo el caso sino la jurisprudencia. No podemos negar el carácter creador de derechos de la jurisprudencia.

3.- Fuerza vinculativa de la Jurisprudencia.

En principio, la jurisprudencia no tiene fuerza obligatoria para los jueces, aunque haya sido sentada por los tribunales de los cuales aquellos dependen jerárquicamente. Por más que sea reiterada y uniforme los jueces pueden apartarse de ella e interpretar la ley según su ciencia y conciencia.

Ahora bien, es natural que los jueces inferiores procuren ajustar sus decisiones a las de aquel, ya que lo contrario, es casi segura la revocación de la sentencia. Hay en estos casos una razón de respeto filosófico: difícilmente los jueces insistan en un punto de vista opuesto al de la jurisprudencia del tribunal del cual dependen, si no es aportando nuevos argumentos no considerados por aquel.

Pero también tienen interés y peso, aunque sin duda menor, las decisiones de otros tribunales, respecto de los cuales no existe ninguna vinculación jerárquica. La importancia de estos pronunciamientos varía según el prestigio del tribunal que ha sentado el precedente y se acentúa si coincide con la solución dada al problema por otros magistrados.

Cuanto mayor sea la uniformidad de la jurisprudencia en las distintas jurisdicciones, mayor será la fuerza del precedente, porque esa coincidencia es la

expresión de una conciencia jurídica ya formada sobre la legitimidad y justicia de la solución dada.

Luego, hay una razón de estabilidad jurídica, que mueve a los jueces a fallar en sentido coincidente con los precedentes. Si un mismo problema jurídico recibe dos o más interpretaciones distintas de los tribunales se crea una incertidumbre ciertamente perjudicial. Según sea el tribunal se alterarán, quizás fundamentalmente, los derechos y las obligaciones de las personas. Los jueces procuran evitar que ello ocurra. Los juzgados, agradecidos.

Más allá de la discusión doctrinaria acerca de si la jurisprudencia constituye o no una verdadera fuente importante 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 jurisprudenciales es indispensable para el ejercicio profesional, y para el correcto enfoque de cualquier litigio o proceso. 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.

Hemos tratado de poner de manifiesto la necesidad de revisar algunas ideas imperantes en ciertos ámbitos jurídicos acerca de la creación judicial de normas jurídicas. Luego, haremos algunas observaciones adicionales sobre el papel que desempeña la jurisprudencia como fuente de derecho, con especial referencia a las tres tesis siguientes:

Es falso afirmar -como suele hacerse a menudo- que la jurisprudencia es el conjunto de normas individuales (resoluciones judiciales).

La jurisprudencia no consiste necesariamente en una reiteración de fallos.

La contribución de los jueces a la creación del derecho no se limita a la creación de normas; tan importante como ésta, y quizás más, es la definición (delimitación) de

los conceptos jurídicos.

La tesis propiciada en el texto de que la jurisprudencia no consta de normas individuales, sino de normas generales en las que aquéllas se fundan, es mucho menos revolucionaria de lo que puede parecer a primera vista. La descripción del precedente como producto de un proceso de generalización y categorización llevado a cabo por el juez que lo aplica no se aleja demasiado de nuestra tesis.

Pues, nos preguntamos qué significa generalizar una norma individual, sino encontrar una norma general de la que aquélla es un caso de aplicación. Y si bien esta norma general debe, en principio, estar contenida ya en el fallo que sirve de precedente, no es menos cierto que su formulación puede ser de hecho deficiente, de modo que puede resultar difícil determinar con precisión el contenido y el alcance de la norma fundante.

En este sentido es verdad que el intérprete o el juez aplicador se ven, a menudo, en la necesidad de realizar una complicada tarea de exégesis para separar lo que la doctrina del *common law* (más elaborada en este punto que la romanista) llama *ratio decidendi* del caso (norma fundante en nuestra terminología) -que constituye el holding- de lo que es *mero dictum*, es decir, enunciados que no forman parte del fundamento de la decisión.

Obviamente, no toda sentencia que crea una norma general hace jurisprudencia. La jurisprudencia es el conjunto de normas vigentes creadas por los jueces. Estas normas son vigentes cuando son de hecho aplicadas por los tribunales. Para que una norma sea vigente no se requiere que haya sido efectivamente aplicada en un número más o menos elevado de casos. Basta que existan buenas razones para afirmar que la norma sería aplicada en caso de presentarse la correspondiente ocasión.

De esta manera una sola sentencia -por ejemplo, cuando se trata de un tribunal de gran prestigio- puede dar vigencia a la norma creada y, por consiguiente, sentar

jurisprudencia. Así, por ejemplo, tal vez no sea excesivo afirmar que un solo fallo de la Suprema Corte Nacional -el caso "Siri" - sentó jurisprudencia en materia de recurso de amparo, a pesar de que las sentencias de la Corte no son obligatorias para los demás tribunales de la Nación.

Son relativamente raros los casos en que los jueces tienen oportunidad para crear una norma nueva. Las más de las veces lo que crean los jueces no son normas, sino enunciados definitorios, es decir, enunciados que determinan la extensión de un concepto.

Basta una rápida ojeada a cualquier colección de jurisprudencia para cerciorarse de que la mayoría de los sumarios, que extractan lo que se considera importante en los fallos, no contienen enunciados normativos. Cuando el juez decide qué ha de entenderse por "locatario pudiente" o "interés usurario", no dicta normas, sino define conceptos. Cuando estas definiciones llegan a adquirir vigencia -es decir, cuando hay buenas razones para creer que serán usadas por otros jueces- pasan a integrar el orden jurídico. Esto pone de manifiesto la insuficiencia de la definición tradicional de orden jurídico como conjunto de normas: tanto las normas, como las definiciones forman parte del derecho.

Un posible criterio pensamos, podría ser el siguiente: las normas generales creadas por los jueces no son obligatorias, pero sirven de fundamento a normas individuales que son obligatorias y (en la mayoría de los casos) eficaces. El hecho de que una norma general (no obligatoria) constituya el fundamento de una norma individual obligatoria permite distinguirla no sólo de los enunciados "no oficiales" (como los de un abogado o un jurista), sino también de las normas generales formuladas en un voto en disidencia de un tribunal colegiado.

No me parece, con todo, que esta característica sea suficiente para propiciar la extensión del concepto de norma jurídica a estas normas un tanto anómalas. Pero sea

cual fuere la respuesta definitiva que se adopte frente al problema de cómo llamar a las normas generales (no vigentes) creadas por los jueces, es claro que a esta altura la cuestión ya es meramente verbal.

Jurídicas o no, éstas son las únicas normas que los jueces crean. Teniendo en cuenta la posibilidad de que tales normas adquieran vigencia -en cuyo caso su status de normas jurídicas resulta inobjetable-, es evidente su importancia para la ciencia del derecho. La creación de estas normas generales (y no la de las resoluciones individuales) permite sostener una vez más que la actividad judicial es fuente de derecho.

La jurisprudencia entonces, es fuente de derecho en el sentido de que los jueces contribuyen a la creación de normas jurídicas y a la definición de los conceptos jurídicos.

4.- Sentencias obligatorias.

Excepcionalmente, el fallo dictado por algunos tribunales superiores, en algunos casos fijados por la ley, es obligatorio. Tienen este carácter los dictados por las Cámaras Nacionales de Apelación reunidas en Tribunal Plenario; dichas sentencias son obligatorias para las salas del mismo tribunal y para los jueces inferiores que de ellas dependan.³⁹

Estos preceptos, inspirados en el buen propósito de unificar la jurisprudencia interpretativa de nuestras leyes, comenta Arrayagaray, originan algunos problemas de compleja solución.⁴⁰

a) Cabe preguntarse, en primer término, qué es lo obligatorio de la sentencia: si los considerandos o la parte dispositiva. Forzoso es admitir que ambos, puesto que el contenido doctrinal de la sentencia rara vez está expresado en la parte dispositiva y siempre en los considerandos. Pero en éstos suelen incluirse argumentos marginales, que no atañen directamente a la cuestión resuelta; no consideramos que estos también

sean obligatorios, sino que solo pueden tener tal fuerza aquella que resuelve correctamente la cuestión planteada. Sin embargo, la distinción es sutil y, a veces, muy difícil de precisar.

b) Un inconveniente serio del sistema, es que dificulta la revisión de la jurisprudencia y tiende a su cristalización. Esto es, imaginamos, lo que ocurre en el derecho inglés donde los precedentes tienen fuerza obligatoria.

Pensamos que la obligatoriedad de los fallos tendrá un efecto sofocante de la libertad de pronunciamiento en los inferiores. Es claro que un magistrado perspicaz podrá siempre sacar partido de la circunstancia de que los casos judiciales no son nunca o casi nunca unos iguales a otros; en estas distintas modalidades o diferentes condiciones de hecho, o como diría en sus clases Gabriel Escalante ⁴¹“en las distintas plataformas fácticas” podrá con frecuencia hallarse fundamento para considerar aplicable al caso la jurisprudencia que se reputa errónea.

5.- La jurisprudencia y la costumbre.

Muy arraigada en un vasto sector de la doctrina ⁴² es la opinión según la cual la jurisprudencia no es sino la moderna forma del derecho consuetudinario.

Es innegable el origen consuetudinario de cierta jurisprudencia. Pero de ahí a afirmar que la jurisprudencia es una nueva forma de costumbre, o que no es otra cosa que el uso de los tribunales, creemos hay sin duda, una gran distancia. Mientras la costumbre nace espontánea y popularmente, la jurisprudencia es elaborada por órganos del Estado, como son los jueces, técnicos en la ciencia del Derecho; mientras la costumbre exige una práctica, un uso, repetido durante cierto tiempo y con carácter general, la jurisprudencia no es otra cosa que la regla de derecho impuesta por los jueces que no requiere ninguna práctica anterior. Si a veces la jurisprudencia se hace eco de la costumbre, es porque ésta es una norma jurídica como lo es la ley, y por ello, los jueces

deben interpretarla y aplicarla. Pero su distinción como fuente del derecho, es perfectamente neta.

6.- La jurisprudencia en nuestro país.

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 realismo jurídico defendido por corrientes antiformalistas sostiene que las decisiones del juez son fruto de sus preferencias personales y de su conciencia subjetiva; el juez primero decide y luego justifica su decisión mediante normas. El juez tiene por lo tanto poder político y en realidad no está subordinado a la ley. Este modelo justifica el apartamiento de la ley.

Dworkin elabora el modelo de respuesta correcta.⁴³ Conforme a este modelo, el juez siempre encuentra una respuesta correcta en el derecho preestablecido; en los casos difíciles los jueces no basan sus decisiones en objetivos sociales ni en directrices políticas (que son definidos por los otros poderes).

Los casos difíciles se resuelven en base a principios que fundamentan derechos. De este modo la función del poder judicial no es crear derechos sino garantizar derechos preestablecidos, lo que resulta congruente con la separación de poderes y el sometimiento del juez a la ley. El juez no tiene poder político, su función es garantizar derechos individuales y no señalar los objetivos sociales. Al no crear derechos el juez, sino garantizarlos, no crea normas que serían retroactivas.

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. El tema es más complejo si tratamos de determinar si la jurisprudencia es una fuente formal del derecho,⁴⁴ esto es productora de verdaderas normas de derecho objetivo.

En nuestro país la jurisprudencia, considera Rivera, puede razonarse como fuente formal, en cuanto ciertos pronunciamientos resultan obligatorios para los tribunales que los dictan y para los jueces inferiores que de ellos dependen (como ya lo hemos referido más arriba).

Más allá de los debates teóricos sobre si la jurisprudencia constituye o no fuente del derecho, es preciso subrayar, como lo dijimos hasta el hastío, que ésta 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, pilares de la SEGURIDAD JURIDICA.

Basta para ello recordar que durante la primera mitad del siglo pasado la jurisprudencia nacional desempeñó un papel activo en la morigeración del principio de la autonomía de la voluntad, al acoger pretorianamente doctrinas como la del Abuso del Derecho y la Lesión Subjetiva, pese a los textos del Art. 1071 y de la nota del Art. 943, ambos del Código Civil.

Asimismo la jurisprudencia modificó sensiblemente ⁴⁵el régimen de la responsabilidad de las personas jurídicas (Art. 43) llegando a decir Borda que ese precepto había sido derogado por los tribunales.

Ejemplos como este, pueden multiplicarse, recordemos el famoso caso Feliciano González ya citado; 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 de valorismo o realismo monetario; de ellos se derivaron innumerables consecuencias que, en general, fueron también resueltos 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; es por ello que decimos que la jurisprudencia es la fuente <viva> del Derecho.

7.- La jurisprudencia en el *Common Law*.

Si es importante el papel de la jurisprudencia en países de derecho codificado, como el nuestro, mucho más lo es en aquellos que se rigen por el *Common Law*. La profunda originalidad del derecho anglosajón consiste esencialmente en que la fuente fundamental de los derechos y obligaciones no es la ley escrita, sino las decisiones de los tribunales, los precedentes judiciales⁴⁶. Originalmente hace ya varios siglos los jueces se fundaban para fallar los litigios en las costumbres inmemoriales del país; pero como esos fallos tenían el valor de precedentes obligatorios para los futuros procesos, poco a poco las costumbres fueron quedando enterradas en el olvido y solo intereso la búsqueda del precedente judicial.

Mientras en nuestro país el juez supone que todo caso llevado ante sus tribunales debe tener una solución legal y busca en la ley la norma a que ha de ajustar su decisión, el juez inglés da por sentado que todo litigio ha de tener su solución en los antecedentes jurisprudenciales. Las colecciones de jurisprudencia tienen para el juez inglés el mismo valor que para el nuestro el Código Civil, el Comercial, etc. Es verdad que el Parlamento Británico o el Congreso de los Estados Unidos dictan leyes, pero estas tienen un carácter excepcional.

Este derecho escrito se establece con el propósito de modificar soluciones del *Common Law* que resultaron anacrónicas o inconvenientes, pero en todo punto no legislado expresa y concretamente por la ley escrita rige el *Common Law*. Mientras nuestro jurista busca la ley escrita, los principios del derecho argentino, el inglés no ve en ella sino excepciones introducidas en los principios del *Common Law*. De ahí que no se conciba en Inglaterra la interpretación analógica o extensiva de la ley escrita, puesto que es siempre un derecho de excepción, y como tal no puede aplicarse a los casos expresamente previstos.

Hay en esto una cuestión de estructura mental de los pueblos. En tanto que los países regidos por el sistema del derecho codificado (que los angloamericanos llaman de derecho románico o continental) creen indispensable la regulación legal de la conducta humana, como instrumento de justicia, de bienestar y de progreso, los pueblos anglosajones tienen sobre todo su fe puesta en la experiencia; prefieren avanzar paso a paso en la conquista de la justicia de un caso a otro y de este al de mas allá; no confían en las abstracciones, en las reglas del valor universal emanadas de legisladores que no han tenido ante sí el problema humano que se presenta ante el juez.⁴⁷ Por ello las leyes escritas o estatutos son excepcionales.

La consecuencia de este sistema es que los jueces no solo tienen el poder jurisdiccional de decidir el litigio llevado ante su estrado, sino que, prácticamente, tienen un verdadero poder legisferante. Este poder se manifiesta de dos maneras, a decir de Llambías: a) dictan normas de procedimiento para actuar en el propio tribunal; b) la doctrina sentada en sus fallos tiene fuerza obligatoria no solo para los tribunales superiores, sino también para el mismo tribunal que la dictó y aun para otros de distinta jurisdicción. En Inglaterra, la *Court of Appel* solo puede rever un fallo anterior si este ha sido decidido por el voto del presidente y la *House of Lords* no puede cambiar nunca sus propias decisiones; la única forma de alterar su jurisprudencia es una ley del

Parlamento. Este sistema tan original para un espíritu formado en el derecho codificado se explica así: la circunstancia de que un tribunal admita una determinada solución es prueba bastante de que esa solución es la expresión del derecho vigente en el país: dictar un fallo contradictorio no solo importaría una incoherencia (porque significa tanto como afirmar que dos normas contradictorias están vigentes a la vez) sino también originaría una inseguridad jurídica altamente dañosa.

7. a.- Inconvenientes del Common Law.

Este sistema presenta algunas desventajas muy importantes:

a) Fundado el *Common Law* en fallos de muy diversos tribunales y a través de distintas épocas resulta necesariamente inconexo y falto de método; la claridad, el orden y la unidad del derecho codificado están ausentes en el anglosajón; los precedentes judiciales se hallan coleccionados en tomos que llenan bibliotecas y que resultan muy difícil de asimilar, inclusive para los jueces. En EE UU se estima que las colecciones de sentencia alcanzan a veinte o veinticinco mil volúmenes. La necesidad evidente de unificar y compilar tan vasto material ha dado origen a los *Restatements of law*, que no son otra cosa que la codificación ordenada de las decisiones del *Common Law*, hechos por juristas de gran prestigio y por iniciativa del *American Law Institute*. Aunque naturalmente no tiene fuerza de ley, han adquirido tal autoridad que hoy los magistrados con gran frecuencia se sirven de ellos para fundar sus sentencias.

Expresión elocuente de la falta de sistematización del *Common Law*, es el método de enseñanza empleado en las universidades norteamericanas basado en el *case method*⁴⁸. No se enseña allí el derecho que rige en Estados Unidos, sino que se analiza agudamente un caso planteado por el profesor, tratando de sacar de él todas las consecuencias útiles para un abogado. El *case method* es sobre todo una forma de trabajar, de investigar, de preocuparse, los medios y los caminos para lograr una solución justa.

b) La circunstancia de que el juez anglosajón al aplicar el *Common Law*, no esté sujeto a ninguna ley escrita, hace pensar que su esfera de acción es mucho más amplia que la que puede tener en nuestro país. Pero en la práctica no siempre ocurre así, el respeto por el precedente ha referido al *Common Law* una rigidez a veces insoportable. Este fenómeno se acentuó a tal punto en los siglos XV y XVI, que fue necesario arbitrar un remedio contra ciertas soluciones, evidentemente injustas. Así fue que *Lord Chancellor* empezó a admitir, en los casos en que el *Common Law* no ofrecía remedio, cierta protección basada en la equidad. Así nacieron los tribunales de *equity*, que fueron forjando una serie de reglas de equidad que aportaban ciertas correcciones en las del *Common Law*⁴⁹.

Pero con el tiempo, la fuerza obligatoria de los precedentes cristalizó también la jurisprudencia de los tribunales de *equity* que adquirió la misma rigidez del *Common Law*; la diferencia de jurisdicciones se hizo innecesaria y en 1873 se refundieron ambas.

Actualmente, el papel desempeñado hace siglos por los tribunales de *equity*, como correctores de las soluciones anacrónicas o injustas del *Common Law*, es desempeñado por el Parlamento por la ley escrita.

En este punto Vigo nos hace notar una gran diferencia entre el derecho inglés y el norteamericano.⁵⁰ Mientras en el primero el respeto del precedente es según se ha dicho, estricto, en cambio en EE UU el papel de aquel es más o menos similar al que desempeña en los países de derecho codificado; los jueces lo siguen si no encuentran buenas razones para apartarse de él en cuyo caso lo dejan de lado sin vacilaciones. De este modo el *Common Law* norteamericano ha mostrado una mayor flexibilidad que el inglés y una gran adaptabilidad a las cambiantes circunstancias económicas y sociales.

c) El progreso del Derecho se hace más pesado y difícil, como consecuencia de la mentalidad anglosajona formada en el respeto de las tradiciones jurídicas y de los precedentes. En realidad el *Common Law* está estrechamente vinculado a una

concepción social individualista y es insuficiente para expresar las transformaciones que debe acoger el Estado contemporáneo. Esta observación es válida inclusive para el Common Law norteamericano, no obstante su mayor flexibilidad y la notoria sensibilidad de sus jueces para revitalizar permanentemente el sistema adaptándolo a la evolución moderna.

7. b.- Ventajas del Common Law.

Pero al lado de estos inconvenientes, este sistema ofrece también sus ventajas:

a) Mientras en los países de derecho escrito como el nuestro, la libertad humana tiene su garantía en el respeto de la ley, en los anglosajones la tiene en el respeto del *Common Law*, indudablemente, este sistema proporciona una mayor seguridad, porque mientras la ley puede ser modificada y servir de instrumento de opresión, el *Common Law* no tiene su origen en el legislador ni está sujeto a sus caprichos: mientras se lo respete los ciudadanos tienen asegurada sus libertades.

b) El alejamiento de toda teorización, a la par de los inconvenientes ya señalados, tiene la ventaja de desarrollar en los magistrados y en los juristas un agudo sentido práctico. Precisamente esta circunstancia es lo que ha determinado actualmente un interés muy vivo por el derecho anglosajón, cuya influencia sobre los países de derecho escrito es considerable, si bien la influencia inversa es notablemente mayor.

De lo expuesto en los párrafos anteriores se desprende que la fuente primordial del Derecho en los países anglosajones es la jurisprudencia y no la ley. Pero hay más todavía: en los EE UU como en nuestro país, los jueces tienen la facultad de declarar inconstitucionales las leyes; y si esta declaración ha sido hecha por la Corte Suprema, la ley queda prácticamente derogada; el Poder Judicial viene a tener un poder superior al del propio Congreso.

Se explica así que refiriéndose a aquel país se haya hablado del <gobierno de los jueces>.⁵¹ Este sistema, tiene sin duda, sus ventajas: allí donde el Poder Judicial es

independiente y fuerte, allí donde “gobiernan” los jueces, las libertades humanas están aseguradas. En cambio en los países totalitarios se ha mirado con desconfianza a las cortes de justicia y por esto se las ha subordinado al Poder Administrador, quitándoles toda independencia.

Pero, por otra parte, los jueces son siempre un elemento conservador dentro de la sociedad, que tiende a mitigar los avances de la legislación originadas en las Legislaturas populares; si ellos predominan en la organización del Estado, el progreso de la legislación se hace pesado, el cambio requerido por las dinámicas sociedades modernas, se vuelve muy difícil, el clamor de las masas resulta por largo tiempo inescuchado. Por ello la solución mas acertada, desde el punto de vista político e institucional es asegurar la independencia del Poder Judicial, como garantía inexcusable de las libertades humanas, pero impidiendo que su predominio rompa el equilibrio de los poderes del Estado.

Se comprende también el deber de neutralidad como característica esencial de la jurisdicción. La equidistancia procesal del juez con respecto a las partes (*nemo iudex in causa sua*) constituye un aspecto particular de la independencia de la magistratura respecto a las fuerzas políticas y económicas que obran en la sociedad.

Debemos agregar, sin embargo, que la siempre creciente acumulación de poderes en manos del Ejecutivo, consecuencia al parecer inexorable de la evolución técnica y de la economía contemporáneas hace cada vez más remotas la posibilidad de que el equilibrio de los poderes del Estado se rompa a favor del Judicial.

8.-La motivación de los decisorios jurisdiccionales. La argumentación jurídica.

La concreta posibilidad de controlar la efectiva sujeción del juez a la ley y su neutralidad está originada en el deber de motivar todos sus decisorios jurisdiccionales, impuesto por algunos artículos de la Constitución Italiana. Es cierto que sólo rara vez el

decisorio aparece necesitado por el texto de la ley, claro e inequívoco, y que por lo general el mismo es el resultado de una elección entre soluciones opuestas, todas dotadas de un mayor o menor grado de razonabilidad. No es cierto, sin embargo, que la elección sea realizada según criterios políticos, o de oportunidad, o según personales e inexpresables intuiciones del juzgador.

La motivación del juez -único órgano público obligado por norma constitucional a justificar por escrito sus propios decisorios - halla siempre su punto de partida en una norma preexistente y llega a la parte dispositiva a través de una serie de pasos que conceden lo mínimo posible a la simple oportunidad y son, por el contrario, reconducibles a un repertorio de argumentos típicos (los *topoi* de la retórica antigua), otorgados por la tradición y peculiares de la interpretación jurídica.

La jurisdicción se actúa por lo tanto a través de las formas del contradictorio paritario entre los litigantes y de la motivación escrita de los decisorios, según *“toutes les ressources de la rhétorique et de la dialectique au sens du terme, afin d'aboutir à des vérités simplement probables”*⁵² (todos los recursos de la retórica y de la dialéctica en el sentido del término a fin de llegar a verdades simplemente probables) : es este el punto en el que los juristas, por lo menos aquellos de derecho continental, hoy y después de extensas disputas, se hallan de acuerdo.

La realización de un catálogo y los criterios de distinción de los argumentos típicos, empleados en la justificación de los decisorios judiciales, es indispensable para el conocimiento de la jurisprudencia, entendida como fuente del derecho objetivo.

El argumento de la claridad literal de la ley, o el argumento psicológico (o de la voluntad del legislador), o de la *analogia legis*, o de la *analogia iuris*, o a contrario, o *a fortiori*, o sistemático, y muchos otros, sólo algunos de los cuales comprendidos en el artículo 12 del Código Civil Italiano⁵³ pero todos conocidos por la experiencia de todo operador del derecho, permiten al juez-intérprete el desarrollo de los discursos

justificativos a someter al control de las jurisdicciones superiores o de la opinión pública. Control no conforme a los criterios de la lógica formal, como sucede con los discursos cuyo objeto es la verdad del hecho o conceptos matemáticos o figuras geométricas, sino conforme a criterios de probabilidad y de verosimilitud, como sucede con todos los discursos, como el discurso jurídico, los cuales poseen en gran parte como objeto elecciones de valor.

Los mencionados argumentos han sido censados y catalogados últimamente también por la doctrina italiana: es importante su conocimiento y la capacidad de diferenciarlos como así también de colocarlos en orden jerárquico, en virtud del mayor o menor nexo cercano de funcionalidad con respecto a la parte dispositiva de la sentencia, en los casos en los que se quiera analizar su motivación. No es en efecto posible apreciar el grado de persuasividad de ésta, o sea de compatibilidad con la norma que el juez afirma aplicar -es decir la legitimidad de la parte dispositiva- si no se está en condiciones de diferenciar y de atribuir el justo peso a los argumentos justificativos particulares.

Los argumentos a los que hace referencia son denominados “autointegrativos” del ordenamiento legal positivo, en virtud de que se refieren a elementos normativos también hallables en su interior, tales como la intención del legislador, o las disposiciones análogas, o los principios generales del ordenamiento estatal. Argumento autointegrativo es también el de la coherencia del ordenamiento, que ha sido ya indicado como imprescindible por cada operación interpretativa

8. a.- Los argumentos heterointegrativos del ordenamiento.

En virtud de que el lenguaje del legislador está formado sólo en parte por términos técnicos, peculiares del ambiente jurídico, pero se funda más frecuentemente en el lenguaje corriente, algunos de los argumentos esgrimidos por el juez para justificar su propia elección interpretativa deben fundarse en elementos externos al ordenamiento

legal y denominado por lo tanto “heterointegrativos”.

Especialmente cuando la disposición de la ley es formulada a través de términos lingüísticos elásticos, los argumentos autointegrativos pueden resultar insuficientes para el intérprete, el cual debe dirigirse a datos normativos externos al ordenamiento legal, pero siempre caracterizados por la juridicidad: normas consuetudinarias de ámbito internacional, normas dictadas por los órganos de la Comunidad Europea, normas expresadas por comunidades menores tales como partidos, sindicatos o asociaciones, códigos éticos redactados por categorías profesionales, criterios de juicio impuestos por objetivas necesidades técnicas, reglas expresadas por la jurisprudencia en su obra de desarrollo y de integración del sistema legal.

De tal modo el juez, como hace ya varias décadas observaba la doctrina francesa, “coordina el funcionamiento del mecanismo de producción del derecho, como motor central que mezcla y dosifica los elementos introducidos, por un lado, por la legislación, y, por el otro, por la praxis extrajudicial en todas sus formas: praxis administrativa..., praxis notarial..., usos del comercio y de los negocios, estatutos y reglas internas de grupos sociales entre ellos antagónicos, complejo de principios económicos y deontológicos...”.⁵⁴

Piénsese en los casos en los que la disposición de la ley es formulada a través de la “cláusula general” (por ejemplo a través del llamado a la “diligencia del buen padre de familia” o a las “buenas costumbres” o a la “justa causa” de rescisión de una relación, en la cual la elasticidad del término lingüístico reenvía a elecciones de valor no directamente expresadas por el legislador. También en estos casos, sin embargo, la riqueza y la variedad de los tópicos jurídicos es casi siempre tal como para permitir la reducción del área de indeterminación de la expresión utilizada por el legislador, la “zona de penumbra”, como se dice a la manera anglosajona, conforme a criterios de la técnica jurídica, excluyendo de tal forma la elección personal del juzgador.

El juez que interpreta un contrato bancario conforme con la “buena fe” aplicando una de las cláusulas contenidas en el “código de comportamiento” redactado por una asociación bancaria, o que considera “daño injusto” aquél provocado por un profesional por violación de las reglas de un código deontológico redactado por una categoría profesional, aplica aunque sea indirectamente normas jurídicas extralegales y no realiza ninguna elección de valor subjetiva, puesto que su decisión queda ciertamente sometida al control de legitimidad obrado por los tribunales superiores.

Acerca de este punto resulta necesario detenerse brevemente. Que el recurso a reglas extralegales, necesario para la aplicación de una cláusula general, integre el juicio de derecho y se halle por lo tanto sometido al control de legitimidad, ha sido largamente negado en Francia, donde sólo recientemente se ha admitido que la calificación jurídica de un hecho en virtud de una disposición vaga pueda ser controlada en Justicia. Prevalece de todos modos la orientación según la cual la interpretación-aplicación de una norma de ley formulada en términos vagos, o que de todos modos se remite a elecciones de valor no directamente expresadas por el ordenamiento legal, no conlleve elecciones propias del juez de mérito pero deba ser justificada a través de argumentaciones jurídicas, denominadas heterointegrativas, y por lo tanto apelables ante la justicia ordinaria y superior.

El rechazo de los controles de legitimidad, a veces relevante, para ejercer su poder de control deriva de la imposibilidad de hallar un claro criterio extralegal de juicio, aun no expresado por la conciencia colectiva o por determinados círculos sociales, y por la consiguiente renuncia de un órgano no político pero técnico, como el judicial, para imponer elecciones de valor propias. Ha sido memorable el proceso que en los años veinte enfrentó a un escultor rumano con el gobierno de Estados Unidos, el cual rechazaba una exención tributaria concedida por la ley para la transferencia de “obras de arte”: ante la imposibilidad de traducir dicha expresión en una definición

jurídica en virtud de un criterio comúnmente aceptado, los jueces prefirieron absolver al escultor de la pretensión del fisco. Ulterior demostración de cómo el reconocimiento de la función normativa de la jurisprudencia no equivale a atribuir tareas de elección política a los jueces.

Entre las argumentaciones mayormente usadas por los jueces para justificar las elecciones interpretativas se halla el argumento autoritativo (el *argumentum ab auctoritate* de la retórica antigua) es decir aquél del simple llamado a los precedentes judiciales (*auctoritas rerum similiter iudicatarum*). La argumentación autoritativa permite contrastar otra objeción, interpuesta contra la concepción de la jurisprudencia como fuente del derecho, es decir la objeción de la inestabilidad del sistema jurídico, producida por reglas del derecho objetivo, aquellas contenidas en las sentencias, con eficacia singular o sea no extendida ultra partes; inestabilidad producida, en otras palabras, por una multiplicidad de normas singulares, eventualmente contradictorias en los principios. Efectivamente en los ordenamientos jurídicos continentales, a diferencia de los anglosajones, la entrada en vigor de los códigos, a principios del siglo pasado, y el principio de la división de los poderes del Estado, afirmado con la Revolución Francesa, han quitado toda eficacia general a las sentencias de los jueces. El artículo 5° del Código Napoleón, aun hoy Código Civil de los franceses, prohíbe "*aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur son soumises*" (a los jueces de pronunciarse mediante disposiciones generales y reglamentarias sobre las causas que les son sometidas), y otra disposición establecía que la interpretación de las leyes, en modo para todos obligatorio, es función exclusivamente del Poder Legislativo. Ambas disposiciones ponen fin a los *arrêts de règlement* (sentencia judicial de alcance general y reglamento), o sea decisorios con eficacia general, que eran emanados por los órganos jurisdiccionales del antiguo régimen.

Que sin embargo en los ordenamientos continentales, en los cuales a causa del defecto de eficacia general de los decisorios judiciales no vale la regla, propia de los ordenamientos anglosajones, del *stare decisis*, la sentencia no pueda desarrollar ultra partes efectos de algún tipo, o sea no tenga ninguna eficacia vinculante hacia jueces diferentes de aquellos que la han emitido, debe negarse. Es cierto, en cambio, que debe hablarse de diferentes grados de intensidad del vínculo, puesto que, aun excluyendo que en nuestro ordenamiento la parte dispositiva de una sentencia equivalga a una ley, hay que excluir también que, por fuera del caso decidido, la sentencia es totalmente irrelevante.

Claro, en los países con derecho legislativo una decisión judicial no puede ser anulada en grado superior sólo porque no se halla conforme a los dictados de otros jueces, por calificados que sean, pero es también cierto que, con suma probabilidad, la misma será anulada por falsa aplicación de la ley, así como también interpretada por aquellos dictados; así como es cierto que la profesionalidad del juez que habitualmente los ignore será considerada desfavorablemente no sólo por los usuarios de la justicia sino también por los competentes órganos de gobierno de la magistratura. Eficacia absolutamente vinculante no, por lo tanto, pero eficacia relativamente vinculante, esto sí. Y la intensidad del vínculo será confiada no a la posición autoritativa del juez, sino a la persuasividad de las argumentaciones antes mencionadas.

9.- El Derecho viviente.

El significado efectivo de la disposición de la ley depende de la interpretación realizada en la sede de aplicación, halla su confirmación en la así denominada doctrina del “derecho viviente”. El derecho así resultante de la aplicación de las abstractas disposiciones es llamado “viviente”.

Ello se impone por la vía de la persuasión, y no por la autoridad, y no se contrapone o sustituye al derecho pero es un elemento constitutivo del mismo;

constituye, por otra parte, un puente de paso entre la practicidad de los problemas y las abstracciones conceptualísticas, tan temidas por la doctrina de las últimas décadas. Mérito también del control de constitucionalidad de las leyes ejercido, en nuestro sistema, a posteriori, o sea después que la ley, entrada en vigencia, ha practicado su ensayo en la experiencia: el control de la Corte tiene por objetivo no una abstracta disposición sino una norma resultante de la experiencia vivida por el juicio de origen.

Otra objeción que se ha hecho contra la inclusión de la jurisprudencia entre las fuentes del derecho fue la retroactividad de las sentencias.

La carga, a la cual está sujeto el legislador o el constituyente, de catalogar en la forma más completa posible las fuentes del derecho se funda sobre su correspondencia a una multiplicidad de funciones: calificación del comportamiento contrastante como ilícito, de variada naturaleza (civil, penal, administrativa, etc.); parámetro para el control de la legitimidad; objeto de conocimiento de oficio por parte de los órganos jurisdiccionales; sumisión a ciertas normas de interpretación, etc.

No todas estas funciones son referibles, o son igualmente referibles, a las fuentes históricas, como la jurisprudencia. Por ejemplo, el rechazo, manifestado expresamente y sin motivo por el juez, de atenerse a los procedimientos judiciales no se halla sancionado directamente, pero puede concurrir a integrar un ilícito disciplinar.

Sin embargo existe un elemento, propio de las fuentes formales, seguramente no atribuible a los pronunciamientos jurisdiccionales: la irretroactividad. Al contrario, el defecto de este elemento hace lugar a una de las principales objeciones contra la posibilidad de inclusión de la jurisprudencia entre las fuentes del derecho, de cualquier tipo. Característica natural del pronunciamiento del juez es efectivamente su eficacia con relación a situaciones o actos deducidos por las partes en el proceso y por lo tanto ciertamente anteriores a su emanación.

La regla de la irretroactividad de las normas es considerada una expresión de

cultura jurídica por las razones que en el derecho moderno fueron ilustradas debidamente por Friedrich Carl von Savigny ⁵⁵y que entre nosotros fueron posteriormente retomadas en varias formas, especialmente por la doctrina civilista de Borda. La misma se funda especialmente en la necesidad de no alterar la confianza puesta por el ciudadano en las leyes: “és sumamente importante” escribe Savigny “que se pueda poseer una confianza inquebrantable en la autoridad de las leyes existentes”, confianza que se vería sacudida por la sanción materializada contra un comportamiento legítimo por efecto de una norma sobreviniente. Las consecuencias de esta ley serían además lógicamente absurdas.

Si bien por lo tanto el pronunciamiento del juez posee también, y sustancialmente, un contenido normativo, el mismo se halla caracterizado por la natural retroactividad, cuya consecuencia es que la mutación aportada por cualquier juez a su propia jurisprudencia es considerado no ya como posición de una norma nueva, pero como una corrección a un anterior error interpretativo: poco importa que durante un largo tiempo se haya perseverado en dicho error, en virtud de que el juez tiene siempre la potestad de corregirlo, de restablecer el imperio del derecho escrito en su recto sentido, de cambiar, en pocas palabras, su jurisprudencia. Consecuencia de ello es que la confianza del ciudadano en una orientación jurisprudencial luego abandonada no lo exonera de las consecuencias negativas. Una nueva jurisprudencia, que reconozca un determinado derecho subjetivo, no es suficiente para restablecer los plazos a la parte que ya se halla privada de ella por haber incurrido en una prescripción.

Surge por lo tanto la cuestión relativa a la tutela de las legítimas expectativas autorizadas por las orientaciones judiciales consolidadas: expectativas que es perverso desilusionar. Cuestión más grave en la jurisdicción penal. En los ordenamientos anglosajones ella ha sido detectada y suele resolverse a través de la práctica de *prospective overruling* (denegación a futuro): el juez, convencido de la necesidad de

abandonar la precedente orientación jurisprudencial, sin embargo decide al respecto de forma tal de no desilusionar la expectativa de la parte que se le ha sometido. Sin embargo advierte en *obiter dicto* que en futuro la orientación será modificada, con la consecuencia que la modificación no llegará inesperadamente.

En el derecho continental esta práctica es difícil de introducir porque se considera que la motivación de la sentencia, de necesidad concisa, no debe contener proposiciones no estrictamente necesarias a la justificación de la parte dispositiva; por otra parte, la previsión y el preanuncio de la modificación no vincularían a los jueces que sucesivamente deberían conocer en la misma cuestión y, en definitiva, se revelarían más nocivas que útiles a la certeza del derecho.

Hemos llegado al final de este capítulo, en el que realizamos –como prometimos en el anterior- un análisis exhaustivo de la jurisprudencia como fuente del Derecho; refiriéndonos a ella como una fuente pilar, e imposible de dejar de lado en nuestro derecho argentino, sobre todo en los últimos tiempos, donde la pérdida de sistematización de los cuerpos legales agravado por el exceso de legislación ejecutiva, por llamar de alguna manera, nos ha dado como resultado un calado legislativo -como dijimos en la introducción- y fué en este punto en el que los jueces tomaron protagonismo aclarando, interpretando y compilando la Ley, pero no solo fallando con ella sino que sumándole, los componentes sociales, la equidad, los principios generales del derecho (ejemplo de esto es la teoría del esfuerzo compartido, aplicada en la nefasta crisis del 2001); de este modo, éste, nuestro juez, no es para nada aquel juez que nos contaba Montesquieu “el juez es la boca que repite las palabras de la ley”, es mucho más que eso, es – a nuestro humilde juicio- el encargado de mantener el Derecho vivo.

Dimos un panorama también del valor de la jurisprudencia dentro del *common law* y una aproximación al derecho continental de nuestros hermanos europeos, sobre todo el de los italianos; ahondar en estos nodos excede al marco del presente trabajo,

pero nos pareció importante referirlo minimamente para poder entender el mundo jurídico que nos rodea.

En el capítulo siguiente nos referiremos a la otra fuente del Derecho que nos parece que está teniendo tanta importancia como la Ley o la Jurisprudencia, ésta es: Los Principios Generales del Derecho. Dentro de una sociedad jurídica donde prima el caos legislativo, con una sobreabundancia de normas, debemos volver a las fuentes, a las fuentes-madre, los principios generales del Derecho. Vayamos por ellos.

1.- Los Principios Generales del Derecho.

“La ley es particular o común. Llamo ley particular aquellas normas escritas según las cuales se gobierna una ciudad; y ley común, a aquellas normas que, sin estar escritas, parecen ser admitidas por todos...”.⁵⁶ Permítaseme la repetición: <Aquellas normas que sin estar escritas parecen ser admitidas por todos>. Este párrafo de la Retórica de Aristóteles es quizás la primera referencia que encontramos respecto a los Principios Generales del Derecho.

La palabra principio deriva etimológicamente del término latino *‘principium’*, compuesto por la raíz *‘pris’* que significa “lo antiguo” y “lo valioso” y de la raíz *‘cp’* que aparece en el verbo *capere* -tomar- y en el sustantivo *caput* -cabeza-.⁵⁷

En consecuencia, el término principio posee etimológicamente un sentido histórico (“lo antiguo”) y un sentido axiológico (“lo valioso”).

Los principios generales del derecho son, entonces, verdades jurídicas notorias, indubitables, de carácter general, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del Derecho y de aplicación a aquellos casos no reglados por una norma expresa, aplicable al supuesto⁵⁸.

El precitado profesor Smith enseñaba que “el término principio” es una proposición de extensión general y abstracta, que constituye la base de un sistema de proposiciones, ya porque actúa como una regla de conocimiento con sujeción a la cual el sistema puede ser elaborado o fundamentado. De lo cual se infiere que la característica esencial de los principios es la de constituir enunciados no concretos cuya función lógica predominante consiste en fundamentar con el rigor de una síntesis la validez de los criterios de ordenación de un determinado sistema de verdades.

Jurisprudencialmente se ha expuesto que un principio jurídico fundamental es algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico, que informa la totalidad del mismo y es valorado de modo expreso en múltiples y diferentes normas, en

las cuales el jurista se ve precisado a advertirlo⁵⁹.

Los principios generales del derecho son, en fin, aquellos fundamentos evidentes del derecho, las bases inmovibles del razonamiento jurídico; aquellos hitos que no pueden pasarse por alto al razonar jurídicamente.

En lo que sigue veremos los principales aspectos jurídicos de dichos principios.

1. a.- Surgimiento y desarrollo de tales principios.

Los primeros principios jurídicos fundamentales, matriz de lo que luego se llamarían principios generales del derecho surgieron inequívocamente en el campo del Derecho natural o de la filosofía griega y de allí fueron tomados por los juristas de Roma.

Nos enseñaba Castán Tobeñas: “Es esencial a nuestro juicio, que los principios generales del Derecho sean concebidos y aplicados dentro del ámbito de criterios objetivos, hermanando los peculiares del Derecho positivo patrio con los universales y supremos del Derecho natural.”⁶⁰

En numerosos casos han confluído ambas vertientes el iusnaturalismo y el derecho romano, contemplando ambos idénticos principios. Por caso, ello ocurre respecto de las tres máximas fundamentales de Ulpiano:

- a) vivir honestamente;
- b) dar a cada uno lo suyo; y
- c) no dañar a terceros.

Estas máximas constituyen un conjunto de principios morales que difícilmente ninguna elaboración pudiera negar como base de conducta deseable de todo individuo y, en consecuencia, no es raro que ellas constituyan la base de las elaboraciones de los filósofos griegos y de los juristas romanos.

La Codificación luego receptó estos principios y finalmente la doctrina procedió a entresacar principios del articulado legal, ampliando de tal modo el número e

incidencia de estos principios.

Carlos Santiago Nino ve, en los principios generales del Derecho, una técnica dogmática para justificar soluciones originales. En nuestra opinión, los principios pueden señalar contradicciones en el ordenamiento legal, llenar lagunas, perfeccionar el Derecho, o crearlo, introducir en éste contenidos mayores de justicia, interpretar con más precisión al Derecho, sustituir normas inaplicables o ineficaces, etcétera.

Empero, según dicho autor, la dogmática muestra con los principios su compatibilidad con el derecho legislado y su función de reformulación, salvando sus imperfecciones formales y adecuándolo a los estándares valorativos vigentes.

Los juristas se ocupan de sistematizar el orden jurídico, reemplazando conjuntos de normas por principios más generales y pretendidamente equivalentes a ellas. De este modo se logra una mayor economía del sistema, presentándolo como un conjunto de pocos principios, cuyas consecuencias lógicas es más fácil determinar⁶¹, sostiene Nino.

Nosotros creemos que los principios no tienen que pretenderse siempre como equivalentes a las normas pues si fuese así serían superfluos o discutibles, a no ser que se los utilice sólo por lo que son, en una opinión filosófica, esto es causa o fundamento. Nino admite, sí, que el jurista, en ocasiones, va más allá de la norma, con la consideración del principio.

Estos conceptos y algunos otros, ya citados, crean el convencimiento de que el juez tiene legitimación para crear Derecho, bajo ciertas circunstancias y con razonables condicionamientos. Y, en todo caso, debería tratarse de los principios generales –o específicos, en su caso- correspondiente al orden jurídico nacional, al ser de una nación y a la conciencia jurídica del pueblo.

Esto último no excluye la posibilidad de considerar como principio jurídico general a cualquier principio que sea congruente con los presupuestos mencionados. De otro modo: un principio general del Derecho extranjero puede ser coincidente con el

espíritu de nuestro pueblo y con nuestro ordenamiento jurídico. La filosofía jurídica brinda ejemplos, al respecto.

El jurista, el intérprete, el funcionario administrativo o el juez pueden obtener también estos principios generales (normas implícitas) de las normas legales explícitas, lo que implica reconocer su actividad creadora y no meramente descriptiva. La doctrina científica o los diversos intérpretes de normas, serían así fuente del Derecho a través de los principios generales del Derecho.

Al respecto merece recordarse con la SCBA que no se puede negar el valor de la doctrina nacional y extranjera para desentrañar los principios generales del derecho, pero ha de tenerse especial cuidado en otorgarle un carácter supletorio para el caso que no puede ser resuelto dentro del sistema jurídico vigente⁶².

La consagración expresa de estos principios en el texto legal, se hizo por primera vez en el célebre Códice italiano de 1865, que remitía a ellos para resolver aquellos casos no previstos razonablemente por ninguna norma expresa.

La Codificación sentó dos dogmas basales. Ellos fueron:

- a) el juez no puede negarse a fallar
- b) el juez es la boca que repite las palabras de la ley sin alterarlas jamás.

La pregunta surge nítida: ¿por qué la Codificación debió dar cabida a estas fórmulas abiertas, a estas ventanas oxigenantes, a estos principios generales del derecho?

La respuesta es obvia: porque de otro modo no podría adaptarse a los cambios de la realidad.

La incomparable astucia intelectual de García de Enterría pone blanco sobre negro al decir que “la tipificación de supuestos de hecho por el legislador no puede jamás agotar la variable y proteica riqueza de situaciones capaz de presentarse en una vida social cuya evolución nada detiene”.⁶³

Es claro entonces que para hacer compatibles ambos postulados, dado que la previsión del legislador no es infinita y que, además, la realidad es cambiante se hizo necesario sentar otros dos dogmas:

c) el de la plenitud y coherencia del Derecho, y

d) el de la ausencia de lagunas y antinomias.

La Codificación no encontró otro camino que incluir normas abiertas en su texto, para impedir que el juez se excuse de fallar, pretextando la falta de una solución legal para el caso.

Para impedir que el juez se niegue a fallar si la ley ha quedado desactualizada, no existe otro mecanismo que lograr que la ley sea más inteligente que el legislador.

El legislador está atado a su tiempo y circunstancias; la ley no necesariamente. Si la ley es interpretada en forma inteligente y creativa y sus términos son amplios y generosos, la ley puede zafar de los corsés y estrecheces de su tiempo de sanción.

Para lograr ello debe estructurarse un sistema jurídico que no esté integrado por normas sueltas, sino que la totalidad de las normas, como los rayos de la rueda de una bicicleta, deben estar en relación a un centro de traslación; además, las normas particulares deben ser complementadas con normas abiertas o principios generales que - a partir de interpretación creativas e inteligentes- permitan dar contención a situaciones que en principio no habían sido expresamente previstas.

En esta línea, bien ha dicho la Cámara Nacional Civil, el derecho positivo lejos está de agotarse en una o varias normas escritas (o artículos de un código), sino que comprende todo un sistema jurídico, que, partiendo e incluyendo los principios y el sistema de la Constitución del Estado -desde el programa enunciado en su preámbulo-, pasa por todos los códigos y leyes: en cuyo sistema normativo no dejan de gravitar positivamente los principios generales del derecho.⁶⁴

Inteligentemente Vilanova, puso de resalto que para que este último dogma

tuviere alguna apariencia de verosimilitud no bastaba con afirmar un tanto arbitrariamente la omnisciencia y omnipresencia del legislador, sino que resultaba imprescindible, en otras cosas, ofrecer un cuadro completo de las fuentes del Derecho; es decir, asegurar (también en apariencia) que el juez se halla en condiciones de encontrar siempre la norma aplicable al caso.

Los dogmas que enumeramos *ut supra* en los numerales a) a d) fueron receptados, de una forma u otra, por los Códigos europeos y latinoamericanos.

En esta línea el artículo 16 del Código Civil argentino dispone 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’.

Esta norma tiene la virtualidad de transformar al Código Civil argentino en un manantial del que emanan soluciones para otros ordenamientos particulares (leyes sueltas, otros códigos nacionales, locales, ordenanzas municipales, etc.).

Pero, los principios generales del derecho estaban presentes ya en las codificaciones clásicas del siglo XIX, aunque no jugaron un gran papel en aquella época; ello fue así, primero, por el carácter retraído y excesivamente acotado de los jueces de la exégesis y segundo, porque no se los utilizaba para realizar a partir de ellos una construcción creativa o imaginativa, que fuera desarrollando gradualmente a estos principios, ampliando progresivamente su campo de actuación.

Posteriormente ya en el siglo XX, el descrédito en que cayó el positivismo radical hizo adquirir una mayor trascendencia a la intervención creativa artesanal de los jueces. LOS NUEVOS JUECES QUE REQUIEREN LAS NECESIDADES DEL SIGLO XXI DEBEN SER ALGO DIFERENTE A MAQUINARIAS DE ENCASILLAMIENTO LEGAL DE HECHOS. Que el legislador haya o no dicho algo

sobre un aspecto determinado no implica que deba seguirse su designio hasta las últimas consecuencias, cualesquiera sean éstas.

Como el objetivo de este estudio no es de índole básicamente histórica, nos limitamos a hacer un *racconto* acotado del desarrollo histórico de estos principios, remitiendo a quien pretenda profundizar el punto a otras obras, hacerlo implicaría exceder el marco académico del presente.

2.- Importancia actual de estos principios.

En el derecho actual tiene gran importancia la utilización de los principios generales del derecho, que han sido llamados con justicia órganos respiratorios del derecho, o ventanas que permiten que los Códigos centenarios reciban el aire fresco de la vida.⁶⁵

Los principios generales del Derecho permiten refrescar las viejas normas con nuevos significados que reflejen las también nuevas necesidades sociales, para así darles satisfacción.

Pero tampoco debe uno engañarse. Los principios generales del derecho recogidos por la jurisprudencia han sido, en su inmensa mayoría, principios de Derecho romano o de la tradición jurídica nacional, inspirada generalmente en su mayor parte por el Derecho romano.

Pero así como nos hemos explayado hasta aquí sobre las posibilidades de ellos, es menester ahora verter algunas líneas sobre sus limitaciones.

En los hechos concretos, la aplicación por los órganos jurisdiccionales de los principios generales del derecho, mayoritariamente, no ha ido mucho más allá de la cita de aforismos jurídicos para reforzar los textos legales. Esa ha sido la mayoría de los casos en que se ha citado un principio general, se lo ha hecho para dar énfasis o respetabilidad a una decisión tomada de antemano y basada en alguna norma legal.

Son mucho más reducidos, en cambio, los casos donde el principio general

aparece como la base o la razón de la decisión tomada. Pero mucho más frecuentemente que en la antigüedad, ya que en esas épocas las normas que existían, al no haber tanta saturación legislativa, se aplicaban literalmente.

3.- Clasificación de los principios generales del Derecho.

Una de las mejores clasificaciones que se han trazado sobre ellos es la realizada por el profesor Rodríguez Paniagua⁶⁶, quien estructuró una clasificación que puede resumirse así:

1) principios estatales, que, a su vez, pueden ser expresamente formulados en el ordenamiento jurídico estatal; implícitos, no están formulados pero pueden inferirse de un conjunto de normas o del conjunto del ordenamiento; Institucionales, “que se derivan sólo del conjunto de normas que hacen referencia a una institución y, por consiguiente, sólo a ella aplicables”; o comunes a todo el ordenamiento estatal:

2) principios extraestatales o sociales, que pueden ser éticos (*verbigracia*, la buena fe o la prohibición del abuso del Derecho) o lógicos y científicos, que no requieren juicios de valor, sino operaciones lógicas de adaptación de medios a fines, que se presuponen pero que no entran en cuestión.

También se han clasificado a los principios generales del Derecho en tres grupos: a) aquellos inspiradores de nuestro Derecho positivo; b) los elaborados y acogidos por la ciencia del Derecho; y c) los que resulten de los imperativos de la conciencia social.

4.- Esencia de los principios generales del derecho.

Ha existido una memorable disputa sobre la esencia jurídica de estos principios; en otras palabras, se ha discutido mucho sobre su filiación, surgiendo sin demora interrogantes de difícil respuesta ¿Son ellos un reflejo o derivación del Derecho natural? ¿O dependen de la ley positiva de la que son extraídos? ¿Son previos o posteriores a la ley? ¿Se imponen al legislador o éste los concede?

El interés de la contestación de estos enigmas queda generalmente desplazado por la práctica diaria en situaciones de normalidad y sosiego, donde la experiencia social equipara justicia a aplicación ponderada de la ley.

Pero en tiempos de crisis social, como el actual, como desde que nací, donde se acelera el devenir de las situaciones, donde se transforman los comportamientos comunes ¿ocurre lo mismo? Cuando la ley se rebela impotente para canalizar las necesidades sociales cabe preguntarse si continúa la población clamando por su sereno e impasible imperio.

Coincidimos en que entonces y sólo entonces la relatividad de la ley deja paso al clamor de los Principios Generales, que reclaman sus propios fueros. Y no podemos menos que suscribir los dichos del maestro don Federico de Castro, sobre que los principios generales son llamados a inspirar las normas legales desde lo hondo del derecho natural, no limitándose su eficacia a la mera suplencia de la ley o de la costumbre, puesto que son éstos anteriores a la Ley, simultáneos a la misma y, finalmente, subsidiarios en caso de laguna legal, estando llamados a cumplir una triple y peculiar función: informativa o fundamentadora, interpretativa y supletoria de la Ley y la Costumbre⁶⁷.

Por nuestra parte creemos que resulta útil fijar posición sobre la esencia de ellos. Para ello hace falta razonar solo un poco. Veámoslo.

Como se recordará los principios generales del derecho poseen multiplicidad de matrices: por un lado el iusnaturalismo laico, clásico o racionalista y por otro el crudo y altanero positivismo ideológico de la Codificación.

Algunos autores, como ya señalamos, reivindicaron el carácter iusnaturalista de estos principios, lo que los llevó a postular que los mismos preexistían y condicionaban a la ley, que no podía desconocerlos. Otros, sostuvieron en carácter eminentemente positivo de ellos, aduciendo que surgían de la ley misma, cuya fuerza les daba razón,

alcance y sentido.

Con la Codificación se enturbió el debate sobre los principios generales del derecho. A partir del advenimiento de esa gran aurora luminosa que llamamos “la Codificación” no existió una concepción única de qué eran ni de dónde habían surgido estos principios.

Comenzó a partir de allí una duda shakesperiana, nunca resuelta del todo, sobre el carácter positivo o jusnaturalista de ellos⁶⁸.

Según la concepción historicista si los principios generales del Derecho fueran principios de Derecho natural la vaguedad de estos principios propiciaría el arbitrio judicial y, por lo tanto, se produciría una falta de seguridad y certeza jurídicas.

Es dable recordar que en la inteligencia de los positivistas los principios generales del Derecho constituyen principios deducidos del ordenamiento jurídico por analogía, por lo que no existen principios generales del derecho que puedan ser anteriores o superiores al Código: tales principios existen si el Código los recepta expresamente.

En esta tesitura, las lagunas se evitan y se cierra completamente el sistema si, en defecto de ley y costumbre aplicables al caso, se acude a la analogía y se utilizan los principios generales.

Por nuestra parte creemos que esa es parte de la verdad, pero no toda la verdad.

En nuestro concepto, existen dos clases de principios generales:

a) los principios jurídicos derivados de la Fe, la Razón o el buen sentido, que son anteriores a la Ley y que ésta no tiene más remedio que receptorlos, aunque le pese, porque una ley que fuera contraria al sentido común o irrazonable, no sería una ley válida. Es dable recordar, que toda norma irrazonable es por eso mismo inconstitucional.

Lo “normado” debe identificarse así con lo “normal”, lo razonable, lo justo, lo

establecido por una voluntad superior, y en la mente de muchos, las máximas del derecho natural deben ser observadas, so pena de invalidar o deslegitimar la norma contraria.

La naturaleza jurídica de este segmento de principios es claramente iusnaturalista.

b) los principios generales establecidos por el legislador para ese tiempo y ese lugar, siendo estos de raigambre normativa y esencia positivista.

Consideramos entonces que no existiendo una única fuente de tales principios, tampoco puede hablarse de una única esencia de los mismos.

Pero así como ello es en abstracto, yendo a una situación concreta, debe hacerse una aclaración: si el ordenamiento jurídico positivo (verbigracia un Código Civil) receptara un elenco de verdades de fe, razón o buen sentido como normas, y a la vez establece una serie de principios generales particulares de ese ordenamiento, que sientan principios de política legislativa que el legislador consideró valiosos para ese lugar y tiempo, se produce de tal modo una <novación> de la esencia de los principios siendo todos ellos de esencia positivista, por cuanto al receptorlos el ordenamiento no hace más que cambiar la fuente Razón o Fe, por la fuente norma positiva, provocando ello una mutación de su esencia jurídica, que pasa a ser iuspositiva.

5.- Principios generales del derecho y principios jurídicos de ordenamientos particulares.

Por otra parte es dable trazar una distinción clara entre los principios generales del derecho por un lado y, por otro, los principios jurídicos de ordenamientos particulares.

Los principios generales del derecho son aquellos que se aplican en casi todos los ordenamientos y épocas y surgen de la Razón, la Fe o el buen sentido.

Pero además de estos principios eminentes, de estos fundamentos evidentes del

derecho, bases inmovibles del razonamiento jurídico, existen otros principios consagrados como tales por ordenamientos particulares y aplicables a ellos en principio y solo por analogía a otros ordenamientos.

Estos principios generales parcializados o de alcance acotado son, por caso y entre muchos otros, el principio de indemnización plena del daño extracontractual en derecho civil, el principio de imposición de costas al vencido en materia procesal, el principio de intangibilidad de la remuneración del cocontratista de la Administración en Derecho Administrativo, etcétera.

Estos principios no pueden ser pasados por alto al razonar jurídicamente en esa rama, puesto que constituyen luces indicadoras del camino a seguir al interpretar un artículo normativo dudoso.

Pero si se pretendiese aplicar un principio de un ordenamiento a otro distinto, primero debe analizarse la compatibilidad de las normas y principios de ambos y luego aplicar el principio por analogía, esto es, con las adaptaciones lógicas de una norma pensada para una realidad fáctica diversa.

Para poner un ejemplo, relativo al Derecho Administrativo, en el derecho francés se considera que en caso de silencio de las reglas administrativas no corresponde aplicar a un caso administrativo las leyes o los códigos de derecho privado, sino los principios generales del derecho administrativo, procediendo solo en último caso a una adaptación de las reglas de Derecho Privado, teniendo en cuenta los caracteres propios del derecho administrativo.

De tal modo que, por caso, en materia de contratación administrativa primero correspondería aplicar la normativa administrativa (derecho local), si la letra de ésta no fuera suficiente debe recurrirse a los principios generales del ordenamiento administrativo local, realizando sobre ellos una hermenéutica compleja, por el estilo de la jurisprudencia de conceptos y solo en caso de que aún así no pudiese salvarse la

laguna, debería recurrirse finalmente por analogía al derecho civil.

Es así que sólo en último caso debería recurrirse por analogía y no directamente al derecho civil. Y, claro está, que recurrir por analogía implicaría realizar a las normas de derecho civil empleadas las adaptaciones necesarias para ser aplicadas sin sacrificios ni distorsiones a una materia distinta⁶⁹.

6.- Funciones de los principios generales del Derecho.

El maestro don Federico De Castro ⁷⁰enseñó que los principios generales del Derecho poseían una triple función:

a) Fundamento del ordenamiento jurídico (fuente de las fuentes)

Como fundamento del ordenamiento cumplen una función informadora: Se ha dicho que cuando los principios generales del Derecho se observan desde la óptica de su función informadora, fundamentadora del ordenamiento jurídico, propiamente deben ser valorados como superfuente o FUENTE DE LAS FUENTES e indirectamente están presentes en la ley o costumbre aplicables.

En numerosas ocasiones el legislador se inspira en alguno de estos principios para redactar una norma a su semejanza. Cuando esto ocurre tales principios de Fe, Razón o buen sentido, operan como superfuentes de la normativa.

b) Como orientadores de la interpretación (como criterio interpretativo de las leyes); y como orientadores de la labor interpretativa cumplen la función de criterio interpretador de ley y costumbre.

Como prisma de contrastación se han utilizado infinidad de veces los aforismos romanos, para dar fuerza o convicción a determinada solución basada en un texto normativo no del todo convincente.

Esta es tal vez la función que más han cumplido y para la que han sido utilizados en forma más intensa, al empleárselos como *tester* de una determinada solución para un caso.

c) Fuente en caso de insuficiencia del ordenamiento positivo (como elementos de integración del derecho)

Pero, pese a la importancia de lo ya expuesto en los numerales a) y b), resulta claro que es la función integradora, la más importante reconocida a los principios generales del derecho en el Código Civil argentino.

El art. 16 del Código Civil argentino establece 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”.

Este artículo no deja lugar a dudas respecto a que establece un sistema jerarquizado de las fuentes del Derecho, en el que los principios generales ocupan el cuarto lugar -tras las palabras de la ley, su espíritu y los principios de leyes análogas-.

En virtud del texto legal, los principios generales del Derecho constituyen fuente supletoria de la ley; ello significa que si no existe una norma expresa que regle la cuestión, si del espíritu de ninguna norma se puede extraer una solución para el caso y si no existen normas análogas a las que recurrir, el intérprete (generalmente, el juez), puede construir a partir de un principio general del derecho la solución para el caso que está analizando.

Esta función integradora hace realidad los principios de plenitud y complejidad del orden jurídico; ello, pues echando mano a uno o varios principios generales del Derecho el juez puede sellar o superar una laguna jurídica o axiológica y dar una solución a un caso, a primera vista no previsto.

Si los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en cualquier caso los asuntos que se sometan a su juicio, deben atenerse al sistema de fuentes legalmente establecido y bajo su arbitrio deben encontrar -o construir- siempre en ese sistema una norma para reglar el caso.

Para ello, la Codificación debió proporcionar al juez un sistema de fuentes completo sobre el que trabajar; de otro modo, la presunción de que el orden jurídico es pleno sería una ficción tan tranquilizadora como falsa.

Las posibles lagunas del bloque de legalidad se pueden integrar así por el propio orden jurídico en un supuesto de autointegración.

Aceptando la existencia de lagunas, esto es, la ausencia de una norma aplicable a un caso, como una posibilidad concreta con que puede tropezar el intérprete, no queda más remedio que aceptar que los principios generales del Derecho, constituyen un mecanismo para completar o integrar el denominado “bloque de legalidad”. No el único, pero sí un medio bastante eficiente en buenas manos. Es esta, sin dudas, la misión más importante de ellos.

Pero también se han mencionado otras funciones de estos principios. Por caso el ya citado profesor García Martínez ⁷¹ ha propuesto las siguientes:

1) Incentivo de la imaginación creadora.

El citado autor ha sostenido que entre las múltiples funciones que cumplen los principios generales del derecho, hemos señalado como una muy importante la de despertar la imaginación creadora. Decíamos que la aplicación de los principios permite al operador jurídico y al creador de normas incentivar la imaginación creadora, la inventiva, al punto de poder recrear todo el sistema jurídico. Esa capacidad heurística nos permite investigar nuevas relaciones y nuevas soluciones a los problemas jurídicos.

2) Recreación de normas vetustas.

Sigue diciendo el profesor García Martínez que ese despertar de la imaginación produce otra de las funciones de los principios generales del derecho: la recreación de normas obsoletas. El derecho se encuentra en permanente movimiento y evolución, íntimamente ligado al devenir político, económico y social, de modo que muchas veces, cuando el legislador no actúa en forma pareja con ese constante cambio, las normas

legales suelen quedar viejas en poco tiempo; y una norma envejecida, suele llegar a ser una norma injusta. Esas lagunas ideológicas o axiológicas, pueden ser corregidas a través de los principios generales del derecho. Recordemos, como ejemplo, toda la construcción doctrinaria y jurisprudencial en torno de la actualización de deudas dinerarias, corrigiendo el envejecimiento normativo ante una realidad incontestable como era el envejecimiento de nuestra moneda.

Lo expuesto demuestra qué importantes pueden ser ellos en manos diestras, las manos de un jurista formado y de buenas intenciones y, correlativamente, qué peligrosos pueden tornarse si son utilizados sin medida ni tino, para fabricar a medida soluciones que hacen a un lado normas directamente aplicables al caso.

7.- Peligros de la utilización disfuncional de estos principios.

Los principios generales del derecho no siempre han sido bien apreciados, al punto de haber sido calificados como algo misterioso, de lo que sabemos muy poco. Es más, así fue enseñado en nuestras cátedras de derecho Civil. Con acierto ha dicho Diez Picazo, que podría pensarse que los Principios Generales del Derecho planean por encima del ordenamiento como espíritus puros o casi angélicos.

Más todavía se oscurece el panorama cuando se trata de hallar un poder normativo en ellos, pues el mismo resulta difícil de encontrar. Ha llegado a decirse que son ellos una intuición muy difícil de concretar, que a veces se difumina en nociones imprecisas y contradictorias.

La utilización de las normas abiertas o de los principios generales aporta al Derecho un contenido ético-jurídico, que provoca la crisis del legalismo y del positivismo riguroso, y conduce a un derecho judicial libre, pero con el riesgo de la arbitrariedad, por lo que se hace necesario dotarle de unidad y homogeneidad.⁷²

Las normas abiertas o generales del derecho privado son resultado, la mayoría de las veces, de la generalización normativa, apoyada en decisiones que ponen feliz

término a una cuestión debatida. Pero esta generalización no siempre se detiene en el mismo punto. Las soluciones dadas a casos concretos se van acumulando, conformando una doctrina que va ganando en abstracción, lo que pierde en casuismo.

Abstracción, en general, resulta un término equivalente a vaguedad y es por ello que las normas abiertas son particularmente aptas para seguir de cerca los cambios de la realidad circundante. Pero esa vaguedad o indeterminación que las hace aptas para adaptarse a los cambios, lleva implícita el peligro de su utilización disfuncional o caprichosa, el riesgo de una perspectiva judicial que ya no vea normas abiertas, sino párrafos regios, juzgados por encima de cualquier texto normativo.

El buen sentido indica que la paulatina conformación y el posterior empleo de una norma abierta, involucra necesariamente al método de ensayo y error; se trata de un necesario proceso de sedimentación, sobre la base de incorporaciones graduales y prudentes y, como principio, no deben verse estos instrumentos como algo rígido, definitivamente consolidado.

Por otra parte, resulta de invariable aplicación el consejo de Robinson, que reproduce Puig Brutau y que cita Smith, "...no usar jamás una regla general cuando el mismo resultado pueda obtenerse con la aplicación de otra regla más específica".

Pero el paso de la generalidad y abstracción de la norma abierta a la concreción de su empleo en un caso dado, implica un ejercicio especialmente intenso del arbitrio judicial. Por ello, para realizar un mínimo control de las decisiones tomadas por el Juez en el centro o núcleo de este poder especialmente intenso o discrecional, debe distinguirse perfectamente el derecho judicial surgido del empleo criterioso y medido de los standards, de una mera "justicia del Cadí". Como dijera Díez Picazo: la justicia del Cadí es la pura decisión individual, que es, en el mejor -eventualmente también en el peor- sentido de la palabra, arbitraria... no tiene pasado y no tiene tampoco futuro. Un derecho judicial *praeter legem* o acaso *contra legem* tiene que tener un pasado y un

futuro. Tiene que tener primero una cierta uniformidad; segundo, estar fundado en unos previos criterios homogéneos; y tercero, proyectarse hacia el futuro como criterio directivo que sea seguido por los particulares destinatarios de las normas y, de alguna manera, como línea de actuación para el subsiguiente derecho judicial.

El peligro principal del empleo de estos principios no es otro que el de la plasmación de soluciones voluntaristas o metajurídicas, que reemplacen en forma caprichosa o irrazonable a soluciones legales directamente aplicables.

El peligro del empleo de estas herramientas es, sin pelos en la lengua, que los jueces que no tengan adecuada formación jurídica echen mano de ellos para librarse fácilmente de muros legales, para saltar por encima de prohibiciones normativas o para soslayar normas aplicables.

Los principios generales del derecho no son una válvula para que el juez haga realidad su propia estimativa valorativa, al precio de dejar de aplicar el derecho. Sino que ellos son la última herramienta que se concede al juez para fallar cuando no hay una norma inmediata o mediata aplicable al caso, o como es en el caso del presente trabajo cuando existe en el Estado donde el juez tiene su jurisdicción una crisis de la ley, por un exceso de ellas y por su falta de sistematización.

Sólo ante la evidencia incontrastable de que ni el texto ni el espíritu del Código o ley especial aplicable al caso prevén el caso y de que no hay leyes análogas a cuyos principios recurrir, el juez puede legítimamente echar mano a los principios generales del derecho. En cualquier otro caso el recurso a ellos resulta ilegítimo.

Porque como bien dice el maestro García de Enterría, esta técnica o jurisprudencia principal está por ello muy lejos de los movimientos románticos y naturalistas del Derecho Libre, de la Rechtssoziologie, del behaviorismo o *legal realism*, del pragmatismo de la jurisprudencia de intereses, que en busca de los valores materiales y por huir del ambiente enrarecido del legalismo estricto, disolvían la

compleja objetividad y positividad del Derecho.⁷³

Creemos que esos son las coordenadas exactas por las que debe pasar la cuestión: la utilización de los principios generales del derecho debe estar encaminada a reforzar el imperio de la ley, al permitirle al juez cubrir con el bloque de legalidad, lo que el paño de la ley no puede cubrir por sí solo. Pero nunca pueden usarse estos principios para poner en debate la ley, al desplazar soluciones normativas por el recurso velado o incluso enterrado a un principio general en sustitución siniestra de una norma legal aplicable, le guste o no al juez el criterio que ella sienta.

Con tino apuntaba el maestro Nino que el derecho de creación judicial se sitúa en el centro del perenne debate de la cultura jurídica que contraponen dos exigencias diferentes, entendidas con frecuencia como irreconciliables entre ellas y de tal carácter que resulta preciso realizar una elección: de un lado, la exigencia de un derecho cierto, que haga previsible las decisiones judiciales. Se ha escrito miles de veces que el derecho, para ser tal, debe ser cierto; y otras tantas veces se ha repetido que un derecho no adecuado a la realidad constituye la negación de la justicia.⁷⁴

Recordamos por nuestra parte que una de las razones fundamentales que el gran Vélez Sarsfield consideró un motor para la sanción de un Código Civil como el argentino, que entró en vigencia en 1871, fue que al tiempo de su sanción el criterio del juez era en definitiva la ley suprema en nuestro país.

Permitir que por vía de recurrir a estos principios generales el juez plasmara una justicia del Cadí implicaría tanto como retroceder a la infancia del derecho.

8.- Requisitos de aplicación judicial de los principios generales del Derecho.

En principio, los principios generales del Derecho deberían ser aplicados por todos los Jueces y Tribunales, en cualquier instancia, a falta de ley y costumbre que rijan la materia, y en el caso de leyes de igual jerarquía que fueren contradictorias.⁷⁵

No es facultativo para el juez emplearlos o no, sino que es su obligación inexcusable emplearlos en los supuestos establecidos por el art. 16 del Código Civil.

Recuérdese que el art. 16 del Código Civil dispone expresamente que ‘si una cuestión civil no puede resolverse... si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso’.

Es decir que, en los casos previstos legalmente, su aplicación no es facultativa sino obligatoria para el juez.

Es por ello, que cuando a los Jueces o Tribunales les conste la existencia de un principio y la falta de ley y costumbre aplicable al caso ellos deberán resolver la cuestión *sub lite* según el principio general sin necesidad de alegación o prueba de parte de su existencia o alcance, a mérito del principio *iura curia novit*.

Pero lo normal es que las partes aleguen el principio que convenga a su derecho, de modo de evitar la posibilidad de que el juzgador no lo aplique *ex officio* por desconocimiento, o acote su alcance indebidamente.

En ese caso, cuando fuera aplicable un principio general del Derecho al pleito, si se estima que el juez no habrá de aplicarlo de oficio o se duda de ello, quien lo alegara - si fuera una parte en un litigio-, creemos que debe esforzarse por demostrar que:

- 1) el principio que se esgrime no contradice ni a la ley ni a la costumbre que fueran aplicables al caso;
- 2) ese principio es susceptible de aplicación al caso concreto;
- 3) dicho principio es considerado como tal por el Derecho romano o la tradición

jurídica nacional. Para acreditar ello debe cumplirse una doble exigencia:

3.a) de orden sustancial: el principio ha sido reconocido como tal por la jurisprudencia nacional, en especial en sentencias de la Excelentísima CSJN o el Tribunal Superior de la Provincia de que se trate.

3.b) de orden procesal: debe indicarse con precisión cuáles son las sentencias en las que se ha recogido tal principio.

9.- Principios del derecho en particular.

Asimismo se los ha conceptualizado como normas generales del Derecho, expresión concreta del Derecho natural, reglas universales de que la razón especulativa se sirve para encontrar soluciones particulares justas y equitativas cual los preceptos del Derecho.

Igualmente, se los consideró un derecho universal común, general por su naturaleza y subsidiario por su función, aplicando como supletorio a las lagunas del Derecho. Según el Código Civil Español, reformado en 1974, los principios generales del Derecho se aplican a falta de costumbre o ley, sin perjuicio “de su carácter informador del ordenamiento jurídico”; lo mismo el artículo 16 del Código Civil de la República Argentina: puede recurrirse a ellos si no se puede recurrir a las leyes. Aunque no es correcto señalarlos como derecho universal común, sí interesan las normas citadas a ambos códigos, que marcan el carácter o función subsidiaria, a no ser que el principio sea una norma sancionada formal y sustancialmente.

Por lo puntualizado hasta aquí y por lo que señalaremos más adelante, no se alcanza todavía a conceptualizar cabalmente y de modo óptimo a los principios generales del Derecho; con los elementos anotados líneas arriba podría componerse congruentemente una idea aproximada, pero no una definición, categoría rígida que excluye componentes y que, por tal, se enerva con los cambios dinámicos que se producen en el ordenamiento jurídico-legal.

Carlos Santiago Nino ve, en los principios generales del Derecho, una técnica dogmática para justificar soluciones originales. En nuestra opinión, los principios pueden señalar contradicciones en el ordenamiento legal, llenar lagunas, perfeccionar el Derecho, o crearlo, introducir en éste contenidos mayores de justicia, interpretar con más precisión al Derecho, sustituir normas inaplicables o ineficaces, etcétera.

Empero, según dicho autor, la dogmática muestra con los principios su compatibilidad con el derecho legislado y su función de reformulación, salvando sus imperfecciones formales y adecuándolo a los estándares valorativos vigentes.

Los juristas se ocupan de sistematizar el orden jurídico, reemplazando conjuntos de normas por principios más generales y pretendidamente equivalentes a ellas. De este modo se logra una mayor economía del sistema, presentándolo como un conjunto de pocos principios, cuyas consecuencias lógicas es más fácil determinar”, sostiene Nino.

Nosotros creemos que los principios no tienen que pretenderse siempre como equivalentes a las normas pues si fuese así serían superfluos o discutibles, a no ser que se los utilice sólo por lo que son, en una opinión filosófica, esto es causa o fundamento. Nino admite, sí, que el jurista, en ocasiones, va más allá de la norma, con la consideración del principio.

Estos conceptos y algunos otros, ya citados, crean el convencimiento de que el juez tiene legitimación para crear Derecho, bajo ciertas circunstancias y con razonables condicionamientos. Y, en todo caso, debería tratarse de los principios generales –o específicos, en su caso- correspondientes al orden jurídico nacional, al ser de una nación y a la conciencia jurídica del pueblo.

Esto último no excluye la posibilidad de considerar como principio jurídico general a cualquier principio que sea congruente con los presupuestos mencionados. De otro modo: un principio general del Derecho extranjero puede ser coincidente con el

espíritu de nuestro pueblo y con nuestro ordenamiento jurídico. La filosofía jurídica brinda ejemplos, al respecto.

Hemos de considerar principios, de un modo general, rescatando opiniones de la filosofía jurídica y de la ciencia del Derecho, de un modo comparado y, entonces, sin limitar la exposición a nuestro país; algunos de estos principios han gozado de general aceptación en la Argentina, casi todos expuestos por Nino⁷⁶.

Podrá verse como algunos nos resultan comunes y cómo es posible su creación, razón mediante; cómo pueden confundirse o fundirse con valores; o cómo se nutren en los distintos orbes del saber, del sentimiento y la conciencia.

PRINCIPIO ONTOLOGICO. La libertad es lo primero: todo lo que no está prohibido está permitido. Denominado “principio de clausura” o “principio de legalidad”.

No requiere que esté legislado, es un principio necesario de todo orden jurídico. Pero sucede que este principio no llena las lagunas normativas, pudiendo haber conductas que no estén prohibidas ni estén permitidas y que interesan por sus consecuencias respecto a terceros o a la sociedad y no tienen una solución adecuada en el mundo normativo, de una sociedad jurídicamente organizada. Recuérdese que para Kelsen no puede haber lagunas en el Derecho y el “principio de clausura” armoniza con la teoría kelseniana.

En el ordenamiento jurídico-positivo argentina está contenido en la Constitución de la Nación, en el artículo 19, última parte: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Las lagunas existen, ciertamente, pues el orden normativo puede no contener normas prohibitivas ni permisivas respecto de numerosos comportamientos. ¿Quién puede asegurar válidamente que estamos autorizados a desenvolver en absoluto todas las acciones no prohibidas? Solamente Kelsen y los kelsenianos.

Se argumenta: si es permitido no es prohibido, de modo que podría traducirse el principio del siguiente modo: “Todo lo que no está prohibido, no está prohibido”. Se trata de repetir un mismo pensamiento de distinta manera, esto es una tautología.

PRINCIPIO DE RESPETO. Desenvuelto por Rudolf Stammler, partidario del neokantismo de la Escuela de Marburgo. Para Stammler, el Derecho no puede estar vinculado a contenidos empíricos determinados, pues entonces sus normas carecerían de validez universal. Ello no significa que el Derecho sea independiente de la sociedad. El derecho ostenta universalidad y formalidad (el Derecho es la condición lógica de la ciencia social), b que se hace patente especialmente en lo que Stammler llama “el Derecho justo”, esto es, el Derecho que posee propiedades objetivas no basadas en condiciones históricas dadas o en propósitos que tiene una comunidad con respecto al futuro. Según Stammler , dicha idea del Derecho es la única que puede hacer posible la unidad jurídica de una comunidad y aun la visión de todas las comunidades sociales como un todo sometido a normas objetivamente válidas. Sobre este cimiento, menciona dos principios: el de respeto y el de solidaridad.

El primero, como principio de un Derecho justo tiene dos facetas: a) Una voluntad no debe quedar a merced de lo que otro arbitrariamente disponga; y b) Toda exigencia jurídica deberá ser de tal modo que en el obligado se siga viendo al prójimo.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD. Contiene dos reglas:

a) Un individuo jurídicamente vinculado no debe nunca ser excluido de la comunidad por la arbitrariedad de otro; y

b) Todo poder de disposición otorgado por el Derecho sólo podrá excluir a los demás del tal modo que en el excluido se siga viendo al prójimo.

PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD. Se refiere al curso del ser, coincidente con el deber ser que la norma expresa. Toda norma tiene un máximo de cumplimiento en la comunidad (principio de efectividad) para que sea una norma verdadera.

PRINCIPIO DE LA INVIOABILIDAD DE LA PERSONA HUMANA. No se puede imponer cargas no compensables sin el consentimiento. Es un principio individualista. Se basa en Kant: las personas son fines en sí mismas y no pueden ser utilizadas como medios para beneficio de otros; los individuos son separables e independientes, lo que hace que no se puedan tratar los deseos e intereses de diferentes personas como si fuera los de una misma persona, aunque se deban sacrificar intereses en aras de otros, más importantes (interpretación que hace Carlos S.Nino).

Como se observa, los principios –aunque sea superfluo expresarlo- son relativos, no son absolutos.

En nuestra opinión, tal interpretación es aceptable, pero no debe separarse el bien individual del bien común y la prevalencia es del bien común, pero esto no implica que invariablemente en aras del bien común se impongan cargas no compensables; a veces coinciden el bien individual con el bien común y existen derechos que no pueden ser afectados: vida, libertad, integridad, honor, objeción de conciencia. No hay principios puros, todos se rozan o pueden graficarse con círculos o esferas que se superponen parcialmente y que han de entenderse dinámicamente, en movimiento constante, por lo que puede cambiar el alcance o la jerarquía. Con respecto a la impureza, verbigracia, el principio ontológico presenta una zona común con el principio de la inviolabilidad de la persona humana.

PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA PERSONA HUMANA. Pertenece a la filosofía liberal. El Estado diseña instituciones y es neutral respecto a los planes individuales, pero puede facilitar estos planes. La persona tiene el derecho de realizar actos que no perjudiquen a terceros (artículo 19 de la Constitución de la Nación Argentina) y los derechos y garantías de la Constitución Nacional. La contrapartida es el Estado intervencionista. Aquí debería plantearse el tema de si la libertad es divisible o no. Hay muchas variantes en la filosofía liberal.

PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA. Una de las formulaciones posibles, dice Nino, expresa que las personas deben ser tratadas para ciertos fines, sobre la base de sus acciones voluntarias y no según otras circunstancias, como raza, nacionalidad, sexo, clase social, creencias, etcétera. La dignidad se describe como calidades merecedoras de respeto, buen concepto, decoro, excelencia, normas de conducta recta y proba, buena fe y, en fin, una suma de condiciones y calidades personales.

PRINCIPIO DE DIFERENCIA podría resumirse del siguiente modo:

a) Cada persona debe tener un derecho igual al sistema total más extenso de libertades básicas (de conciencia, de palabra, contra decisiones arbitrarias, de voto, etcétera), que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos.

b) Las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas de modo tal que ellas satisfagan dos condiciones: Ellas deben ser para el mayor beneficio de los que se encuentren en la posición social menos aventajada (este es el llamado “principio de diferencia”), y ellas deben adjudicarse a funciones y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades.

La prioridad de la libertad garantiza que nadie pueda ser privado de sus derechos básicos, en aras de un supuesto beneficio colectivo, si esa privación no es aceptable para él y no le es compensada con la ampliación de otras libertades de que él pueda gozar.

Este presunto principio es ajeno a nuestra historia, a nuestra cultura jurídica y a los contenidos de justicia aún vigentes en nuestro orden jurídico y, por lo poco que sabemos, si no se nos demuestra fundadamente, debería impugnarse

No se explica como si están dispuestas y cómo si la economía ha generado semejantes brechas, la realidad (historia) no demuestra que los socialmente menos aventajados hayan tenido mejor movilidad social ascendente.

El concepto de “equitativa igualdad” introduce un elemento de confusión en el concepto, porque la igualdad es contenido de la justicia, y puede resultar que la equidad, en este caso, sirva a las desigualdades dispuestas, lo que es también una contradicción y un absurdo.

Arribamos, de este modo al final de nuestro tercer capítulo, donde discurrimos acerca de los Principios Generales del Derecho. Creemos que en un estado de saturación legislativa como el nuestro, volver a los principios generales, es para el juzgador una salida por lo menos, simple. La bondad de su utilización como ya lo referimos, resultará de la calidad de su aplicador, porque al ser normas jurídicas tan maleables pueden torcerse para el lado y con la intención que se quiera. No obstante esto, es de destacar el notable uso que ha tenido en el último tiempo, sobre todo en épocas donde nuestro país se ha visto muy a menudo inmerso en crisis. Creemos probado el punto de tesis que dice que los Principios están teniendo tanta centralidad como la ley, como así también al demostrarse éste y el anterior, se comprueba el otro punto de tesis: La ley ha perdido la centralidad que tenía en el siglo XIX.

En el último capítulo nos proponemos llegar a una conclusión científica, que permita probar o no la hipótesis y motor inicial de este trabajo: Las Fuentes del Derecho y sobre todo la Ley están en crisis, esto es por la pérdida de sistematización de los cuerpos legales a partir de la decodificación operada durante el siglo XX, teniendo que acudir a los Principios Generales del Derecho por un lado, y por el otro lado a la Jurisprudencia que se torna cada vez mas vinculante por su rol de Fuente “viva” del Derecho.

Para ello, aparte de las conclusiones, en primer lugar, lo que haremos es un breve recorrido por las corrientes iusfilosoficas contemporáneas más destacadas para ubicar jurídicamente, como hasta ahora, al lector y para ubicarnos nosotros mismos.

El realizar un trabajo de esta extensión sobre un tema particular y acotado nos permite por un lado desarrollarlo en profundidad, pero por el otro lado caeremos mas de una vez en la tentación o en el descuido de irnos por las ramas, o geoméricamente hablando, por la tangente.

No queremos que eso suceda. En efecto, recorreremos en el capítulo siguiente algunas someras consideraciones sobre el iuspositivismo –recordemos que es esta corriente con la que disentimos-; como así también discurriremos superficialmente sobre el iusnaturalismo y sobre el realismo jurídico para que quede todo el panorama jurídico actual cubierto.

De cualquier modo, así como lo importante no es llegar a la cima de la montaña sino subirla, en lo personal creo que lo importante en cualquier trabajo de investigación y en este -al margen de concluirlo- es, eso mismo, el camino de investigar.

Feliz por haber cumplido esa manda, los invito a principiar el fin de tanto esfuerzo.

1.- Aproximaciones a las corrientes jurídicas más destacadas.

En el siglo XX la codificación ha sido superada por las necesidades sociales.

Y así: a) El Código Civil no es ya todo el Derecho Civil. b) Entre las leyes que lo complementan hay muchas transitorias o de "emergencia". c) El espíritu igualitario ha dejado paso a una legislación protectora de los económicamente débiles. d) Los derechos subjetivos, basamento de la codificación van cediendo ante un "finalismo jurídico". e) Cada vez se cree menos en la sabiduría del legislador. f) El juez aparece como integrador de las normas y no como su mero aplicador. Repiensa lo decidido por el legislador y lo adapta al caso.

Es por ello que necesitamos saber dentro de qué marco se dio el proceso de decodificación ya que el desmembramiento ostensible sufrido a lo largo del siglo XX por el Poder Legislativo (en algunos países, tal el caso de Alemania e Italia, como preámbulo a movimientos totalitarios por venir; en otros, como Francia y EE.UU., como consecuencia de una reestructuración económico-política tras la Segunda Guerra Mundial) hizo trastabillar el reinado de la ley como fuente prioritaria del Derecho, y por ende, puso en tela de juicio la validez del resto de las fuentes.⁷⁷

2.- El Iuspositivismo.

El iuspositivismo, también conocido como positivismo jurídico, es una vertiente de pensamiento jurídico. La principal teoría del iuspositivismo es la dicotomía entre moral y derecho, que supone un rechazo a toda relación entre los conceptos que vinculan ambos.

El iuspositivismo entiende que derecho y moral son conceptos distintos no identificables. Dado que el Derecho existe con independencia de su correspondencia o no con una u otra concepción moral: una norma jurídica no tiene condicionada su existencia a su moralidad; en todo caso, puede ésta afectar su eficacia o legitimidad,

mas eso es una cuestión distinta. El Derecho puede ser justo e injusto, aunque lo deseable sea lo primero.

El iuspositivismo es tan viejo como el derecho mismo, aunque alcanzó su mayor desarrollo teórico a partir de los escritos del filósofo inglés Thomas Hobbes, aplicados al ámbito jurídico por Jeremy Bentham. Hobbes y Bentham definieron la validez del derecho por su creación por una autoridad competente para tal fin, y negaron que las razones morales o éticas pudieran tener parte alguna en la decisión legal⁷⁸.

John Austin definió un sistema jurídico como aquel que está sometido a una autoridad soberana, y la validez de las leyes como su imposición formal por esta autoridad a través de sus agentes. Sin embargo, el verdadero pilar o epicentro del iuspositivismo, que define al Derecho como un producto únicamente de la voluntad del legislador, y a las consecuencias de Derecho como el mero resultado lógico de colocarse en el supuesto jurídico del que se trate en lo ordenado, es el austriaco citado en repetidas veces Kelsen, autor de la Teoría Pura del Derecho. Para algunos iusnaturalistas— la postura opuesta al iuspositivismo— los iuspositivistas son “malos” e “inmorales” porque avalan la existencia del derecho injusto; sin embargo, como referiremos mas adelante, existen varias clases de iuspositivismo, y algunos iuspositivistas también critican las leyes injustas y la obediencia a las mismas, sólo que no dicen que no sean verdadero derecho, sino que son derecho injusto.

1. 1.a.- Diferencias entre moral y derecho según el iuspositivismo.

La mayoría de los autores que aceptan la separación conceptual entre el derecho y la moral consideran que mientras el derecho es bilateral la moral concierne a cada individuo (es unilateral); el derecho se ocupa fundamentalmente de las conductas externas de los individuos, en tanto que a la moral le interesan también las intenciones (exterioridad versus interioridad). En tercer lugar, mientras que no se puede obligar a cumplir con la moral, el Estado puede hacer cumplir el derecho (incoercibilidad contra

coercibilidad). Finalmente, la moral suele referirse a la conducta autónoma de los sujetos mientras que el derecho se impone a ellos (autonomía versus heteronomía).

Siguiendo el ejemplo de Kant, se ha señalado que el Derecho y la Moral se diferencian por la distinta materia regulada, es decir, porque, mientras que la Moral regula solamente las conductas internas, las normas jurídicas se circunscriben a la regulación de las conductas externas de los hombres.

Parece inevitable precisar que la Moral regula absolutamente todo el comportamiento humano, pero desde el punto de vista de la interioridad, de la intencionalidad, el Derecho, sin embargo se preocupa fundamentalmente de las implicaciones externas de la conducta, ya que trata de garantizar la paz y seguridad de la vida social. En esta medida, regula prioritariamente las conductas externas (aunque no todas) y sólo toma en consideración la interioridad o intencionalidad en cuanto que esa dimensión llega a manifestarse en la conducta exterior, haciéndose captable y mensurable.⁷⁹

Según este criterio de distinción, Moral y Derecho se diferencian porque, mientras que las normas morales son subjetivas y unilaterales, las normas jurídicas son objetivas y bilaterales. La Moral es subjetiva por cuanto se refiere al sujeto en sí mismo, es decir, regula su conducta en atención a su propio interés sin que la estructura de la propia norma incluya ningún comportamiento de ningún otro sujeto. Y, al mismo tiempo, la Moral es unilateral porque, frente al sujeto a quién obliga, no sitúa a ninguna otra persona que esté legitimada por la misma norma moral para exigirle el cumplimiento de ese deber. En cambio, el Derecho es objetivo (o transubjetivo), por cuanto regula la conducta relativa o relacional de los hombres, valorando esa conducta en referencia a la vida social, no en atención al interés del sujeto obligado. Por eso, establece límites precisos y externamente verificables: la medida del deber que impone

está en la posibilidad jurídica (derecho subjetivo) que otro sujeto diferente tiene de intentar eficazmente que ese deber sea cumplido.

El Derecho es también esencialmente bilateral o bidireccional, puesto que las normas jurídicas, asignan al mismo tiempo la obligación de un sujeto y la correlativa pretensión o exigencia del otro. Es decir, atribuyen posibilidades socialmente eficaces de exigir el cumplimiento de los deberes que imponen. Así, frente al deber jurídico, existe siempre un derecho subjetivo correlativo.

En aplicación de este criterio, se ha venido proclamando tradicionalmente que la distinción entre Moral y Derecho deriva del carácter autónomo de la primera y del carácter heterónimo del segundo. La Moral es constitutivamente autónoma porque el sujeto, para obrar moralmente, ha de actuar según el principio de su propia racionalidad. Así, el sujeto cuando se somete a la ley moral, lo hace por coincidencia de ésta con la dimensión inteligible de sí mismo. Y, en esa medida, se somete a su propia ley. El Derecho es, en cambio, heterónimo, puesto que los sujetos tienen el deber de someterse a las normas jurídicas, no por coincidencia de esas normas con su propia ley de racionalidad, sino porque hay un legislador diferente de ellos mismos que tiene la capacidad de imponerles el cumplimiento de tales normas. Parece evidente, que, desde el punto de vista del sujeto individual obligado, Moral y Derecho son igual o paralelamente heterónomos, por lo que la diferencia entre ambas normatividades ha de quedar reducida al modo de imponerse. Las normas morales se constituyen en tales para el individuo a través del asentimiento o reconocimiento de éste. Una norma moral es y opera como tal norma, es decir, obliga al sujeto, en tanto en cuanto el sujeto le reconoce la virtualidad de obligar.

Cualquier norma moral dejaría de ser verdaderamente moral, si el sujeto, al cumplirla, no la acepta como norma para sí mismo, es decir, si no la reconoce en su conciencia como norma que debe cumplir. Por el contrario, las normas jurídicas se

constituyen en tales para el individuo con independencia del asentimiento o reconocimiento de éste. La obligación jurídica es establecida por el Derecho de manera pura y exclusivamente objetiva, es decir, con total independencia de lo que piense o sienta el sujeto en su interior.

Se ha señalado también que Moral y Derecho se distinguen por la diferente vinculación que tiene con la posibilidad de recurrir a la coacción para conseguir el cumplimiento de las conductas que imponen. Las normas morales se caracterizan por establecer unos deberes cuyo cumplimiento es incompatible con cualquier tipo de realización forzada, mientras que en el Derecho la posibilidad de que el cumplimiento sea impuesto por la fuerza es consubstancial. Así pues, frente a la natural coercibilidad del Derecho (posibilidad del recurso a la imposición forzada), se destaca, como signo diferenciador definitivo, la también natural no coercibilidad de la Moral. En el Derecho la posibilidad del recurso a la imposición forzada forma parte de su estructura.

El fin que se propone el Derecho de manera inmediata y directa es conseguir el mantenimiento y el adecuado desarrollo de la vida social. Por tanto, el Derecho ha de regular todas aquellas manifestaciones de la vida comunitaria que interfieran de manera suficientemente importante en el mantenimiento o ruptura de la convivencia social y ha de reglarlas con las máximas garantías posibles.

En cambio, la Moral, si bien contribuye también a que la convivencia social se realice de una manera pacífica y ordenada, tiene como misión la consecución de la perfección o plenitud vital del individuo. La Moral responde a la necesidad (psicológica) que siente el individuo de estar en paz consigo mismo, esto es, con su propia conciencia, mediante la fidelidad o sometimiento interior voluntario a las directrices de la ley moral. El Derecho contempla las acciones humanas desde un punto de vista social atendiendo a las consecuencias que esas acciones van a tener para la vida del grupo. Por el contrario, la Moral contempla la conducta humana desde el punto de

vista subjetivo de la actitud o disposición anímica en que está y con la que actúa el destinatario de la norma.

1. 1. b.- Clases de Iuspositivismo.

a) Iuspositivismo ideológico: El Derecho es el Derecho y hay que cumplirlo. El Derecho debe ser obedecido. El derecho es razón suficiente para actuar con toda justificación moral. Una variante del iuspositivismo ideológico es el formalista. Para estos últimos, el Derecho legislado goza de la propiedad de la plenitud hermética, no tiene lagunas. La única interpretación válida del texto legal será la literal. El Derecho es un sistema cerrado y sin lagunas. La interpretación y aplicación textual de la ley es verdadero Derecho. Para ellos, la ley escrita es razón suficiente para actuar con toda justificación moral.⁸⁰

b) Iuspositivismo teórico o realismo jurídico: Es la creencia de que el Derecho es aquel interpretado por la autoridad competente; el Derecho es lo que los jueces dicen que es. Si bien la ley es razón suficiente para actuar ante la sociedad, faltará ver cual es la última palabra de los jueces – a los que el Estado designó para interpretar y aclarar la ley- respecto de la legalidad de nuestros actos. Las decisiones de los tribunales son verdadero Derecho.

c) Iuspositivismo metodológico o conceptual: Iniciado por Carlos Santiago Nino en su Introducción al análisis del Derecho, es la creencia de que el Derecho debe separarse de la moral sólo para distinguir conceptos y evitar confusiones o ambigüedades. Todo derecho positivo es verdadero derecho, pero puede haber Derechos injustos y el deber de obedecer al Derecho injusto no es necesariamente un deber moral.

81

3.- El Iusnaturalismo.

El iusnaturalismo es una corriente jurídica que se encuadra dentro de la filosofía del Derecho y, según el celebre jurista italiano Norberto Bobbio, se caracteriza por el

dualismo jurídico, es decir reconoce la existencia de un derecho natural y un derecho positivo, y la supremacía del primero sobre el segundo, y su fundamentación se encuentra (según el contexto histórico) en un ente abstracto natural y superior a la voluntad de las personas - ya sea la *physis* griega, Dios o la razón humana.⁸²

El término *ius naturale*, o derecho natural, procede de las expresiones latinas *ius* (Derecho) y *naturale* (de lo natural). Fue acuñado por Cicerón al definirlo como “una ley verdadera que consiste en la recta razón, conforme a la naturaleza...”⁸³

Los juristas de la filosofía del derecho no concurren en encontrar una definición precisa para el iusnaturalismo debido a dos importantes avatares:

Esta tradición jurídica se extiende desde el siglo V a.C. hasta su decadencia en el siglo XIX, con lo que se han sucedido numerosas tesis y doctrinas, incluso totalmente diferentes entre ellas.

La poca objetividad de los autores del iusnaturalismo, que no permiten encontrar un mínimo común denominador para definir claramente una tradición jurídica unitaria. En la teoría del derecho natural, toda persona adquiere sus derechos naturales al nacer, estos serían por tanto inherentes y se fundamentarían en la dignidad de la persona, derechos que una sociedad jurídicamente organizada deberá siempre respetar en el funcionamiento del Estado social y democrático de Derecho.

Los derechos naturales son universales e inalienables, aunque no siempre absolutos, pues en ocasiones pueden colisionar con otros derechos de la misma naturaleza.⁸⁴

En la evolución histórica de estos derechos, primero se habló de derechos naturales, posteriormente de derechos humanos a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y finalmente de derechos fundamentales desde el proceso constitucionalista, es decir cuando estos derechos se van incorporando a las constituciones de los Estados, especialmente ya en la segunda mitad del siglo XX.

La Declaración de los Derechos Humanos de 1948 es ecléctica y utiliza indistintamente los términos derechos naturales y derechos humanos.

3. 1.- Vicisitudes históricas del iusnaturalismo.

En la Antigüedad basándonos en el carácter siempre abstracto de la fundamentación iusnaturalista, observamos que en la Antigüedad, desde el siglo V a.C, hasta la aparición de la filosofía cristiana de San Agustín en los albores medievales, una evolución en el concepto de “naturaleza” desde la “physis” griega que inspiró a Aristóteles, hasta un concepto predicable a los hombres como es la voluntad divina, en el cristianismo.

En el Derecho Romano, nos enseña Arguello, Ulpiano define el Derecho Natural como: “*quos natura omnia animalia docuit*” es decir, aquel que la naturaleza enseña a todos los animales.

Para los iusnaturalistas, las normas que contravengan estos principios son injustas y carecen de imperatividad legal, aún cuando hayan sido promulgadas por la autoridad competente cumpliendo los requisitos formales exigibles. Tradicionalmente, y como lo hemos visto, el iusnaturalismo se ha contrapuesto al iuspositivismo, pues desde éste la validez de norma jurídica es independiente de su valor moral.

El Derecho natural es un modelo epistemológico de la filosofía del derecho que abarca desde la filosofía griega hasta la racionalista (derecho natural clásico), del racionalismo al iuspositivismo (derecho natural neoclásico) y del iuspositivismo, a comienzos del siglo XIX, hasta la actualidad.

La primacía del derecho natural se vio seriamente comprometida cuando el positivismo jurídico entra en las universidades europeas, entre otras razones por el gran avance y furor de los modelos científicos y mecanicistas como la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen. Remonta su influencia tras la Segunda Guerra Mundial, dado

el cuestionamiento de los totalitarismos basados en la obediencia del ciudadano y el desprecio al Derecho internacional público.

El Derecho natural es de carácter metafísico, es decir, en él el derecho se contempla como algo lógico e invariable. Sólo se tiene en cuenta lo que el derecho debe ser, con independencia de lo que sus muchas y contradictorias regulaciones establezcan en el espacio y en el tiempo. Así, según esta escuela, lo que el derecho es no consiste en la mera autoridad del legislador, que es lo importante para el positivismo, sino que su auténtico carácter se oculta tras la realidad.

A la verdadera naturaleza o esencia del derecho, pues, sólo podemos acceder mediante una razón exenta de sencillismos ideológicos. Los iusnaturalistas aíslan al derecho de este mundo y lo colocan en otro de carácter paradigmático, puesto que la virtualidad efectiva del derecho se opone a la arbitrariedad humana. El Derecho natural capta la dimensión profunda del derecho, por lo que se dice que en este modelo cognitivo el derecho <es> lo que <debe ser>, ser y valor se igualan.

Recordemos que la axiología estudia el valor y la ontología el ser, y que los grandes metafísicos han igualado la axiología y la ontología. Para Platón existe el mundo de lo inteligible y el mundo de lo sensible, o sea, el mundo de las ideas (la ciencia) y el de las realidades captadas por los sentidos (la opinión). La única realidad matematizable es la idea, mientras que lo que observamos a simple vista sólo se incluye en el ser en la medida en que participa en la idea. Aristóteles prescinde de las ideas e introduce el término naturaleza. Por otro lado, no hay dos mundos, sino uno solo en el cual la realidad de un ente es éste plenamente constituido. Para explicarlo Aristóteles introduce el término <entelequia>, que representa el punto final en el tránsito de un ser, momento en cual este ser expresa su perfección: así, la entelequia de la semilla es el árbol. Como puede observarse, tanto en Platón como en Aristóteles el ser y el valor se

complican, el ser sólo llega a su plenitud cuando es perfecto, sea la perfección una idea o un entequeia.⁸⁵

4. - Realismo jurídico.

El realismo jurídico es una doctrina filosófica que identifica al derecho con la eficacia normativa, con la fuerza estatal o con la probabilidad asociada a las decisiones judiciales. Para los realistas jurídicos el derecho no está formado por enunciados con contenido ideal acerca de lo que es obligatorio, sino por las reglas realmente observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal.⁸⁶

Se pueden distinguir al menos cuatro escuelas: El realismo clásico de los sofistas griegos, La escuela del realismo jurídico norteamericano, La escuela escandinava y El realismo de la interpretación jurídica del francés Michel Troper.

Destaca entre los primeros Trasímaco⁸⁷, para quien el derecho es la voluntad del más fuerte.

Como precursor de los realistas norteamericanos cabe mencionar a Oliver Wendell Holmes Jr., quien consideraba que el derecho no es otra cosa que las profecías de cómo los jueces resolverán los asuntos jurídicos.

Axel Hägerström y Alf Ross destacan entre los realistas escandinavos, para quienes la eficacia o vigencia real de las normas jurídicas es la propiedad determinante, por encima de la validez meramente formal y del contenido moral de las mismas. Finalmente, Michel Troper ha desarrollado una teoría realista según la cual la interpretación no es un acto de conocimiento de la ley, sino un acto de voluntad del juez.

4. 1.- Realismo estadounidense.

El realismo jurídico norteamericano puede dividirse a su vez en dos vertientes: el escepticismo ante las normas y los escépticos ante los hechos. Exponente de la primera es Karl Llewellyn y, de la segunda, Jerome Frank.

El escepticismo frente a las normas es una especie de reacción harto extrema contra una actitud opuesta: el formalismo ante las normas y los conceptos jurídicos. En los países del “derecho continental europeo” y la mayor parte de Hispanoamérica, predomina entre los juristas un pronunciado formalismo ante las normas.

El hecho de contarse en estos países con una amplia codificación del derecho, como en nuestro país, dió pie para que los juristas asignaran a esos sistemas y a las normas que los constituyen una serie de propiedades formales que no siempre tienen: precisión, univocidad, coherencia, completitud, etc. La asignación de estas propiedades se debe a ciertas hipótesis implícitas de la dogmática jurídica continental sobre presuntas cualidades racionales del legislador, tesis que hoy ponemos en duda con el presente trabajo.

En cambio, los expertos del *Common law* no tienen frente a sí cuerpos codificados a los cuales prestar una tal devoción de fe. La mayor parte de las normas que constituyen su derecho están originadas no en el acto deliberado de un legislador, sino en los fundamentos de las decisiones judiciales. Al no tener la obligación de someterse a los códigos, los juristas de estos sistemas suelen considerar que las normas jurídicas están lejos de tener las propiedades formales que se les suele asignar.

Por la sola realidad de que al crear las normas se debe recurrir al lenguaje natural, las normas adquieren la imprecisión del lenguaje ordinario. Por más que el legislador se esfuerce en atenuar la vaguedad de las palabras. Por otra parte, las normas jurídicas más importantes son generales.

Cuando se formula una norma general, se tienen en cuenta ciertas propiedades importantes de las situaciones y casos considerados como objeto de regulación. Pero como los legisladores no son omniscientes no prevén todas las combinaciones posibles que se pueden presentar en el futuro.⁸⁸

De este modo, quedan casos sin regular y casos en los que se le da una solución diferente de la que se le hubiera asignado de haberlos tenido presentes.

Estas observaciones han debilitado la confianza de muchos juristas y no juristas en la certeza que ofrecen las normas jurídicas abstractas y generales.

Pero una cuestión es decir que el derecho esté integrado por las normas jurídicas que el formalismo jurídico le asigna y otra muy diferente es que el derecho no contiene en absoluto normas jurídicas.

El realismo en términos generales, coloca a las predicciones sobre la actividad de los jueces en el lugar de las desplazadas normas jurídicas, dándole a esas predicciones la relevancia de estas últimas

Del mismo modo, el escepticismo ante los hechos acepta el descrito escepticismo ante las normas, pero agrega que el análisis debe ir más allá, a los hechos mismos, que son la base del decisorio final del juez, y por ende, su elección de los hechos es arbitraria y limitada.

4. 2.- Otras características del realismo jurídico.

a) Indeterminación del derecho. Los realistas suelen creer que el derecho positivo (las leyes y los precedentes obligatorios) no determinan las verdaderas soluciones a los casos. Jerome Frank afirmó que lo que el juez haya desayunado puede determinar el sentido de su decisión.

b) Enfoque interdisciplinario. Muchos realistas jurídicos se han interesado en los estudios estadísticos (Holmes, Oliver Wendell Jr.), sociológicos (Ross, Alf), antropológicos (Llewellyn, Kart N.), etcétera.

c) Enfoque instrumentalista.- Los realistas creen que el derecho sirve o debe servir como instrumento para alcanzar propósitos sociales.

5.- Conclusiones.

Que el siglo XX fue un siglo de vertiginosos avances, ni que dudarlo. Que el siglo XX significó un siglo de cambios para el mundo del Derecho, tampoco se puede dudar.

Aquella ingenuidad de la exégesis francesa que identificaba el derecho con la norma legal, quedó en el pasado. Aquellas exposiciones donde se señalaba que era inútil pensar en un sistema de fuentes del Derecho si la única fuente era la ley, quedaron en el pasado.

La realidad jurídica nos ha superado, el panel de leyes o bien, no satisface la totalidad de los casos o, soluciona de maneras contradictorias un solo caso.

La canalización perfecta del derecho es ilusoria, hágase lo que se haga, la realidad continúa y nadie puede cristalizarlo en un momento dado y para siempre.

La determinación del número y la jerarquía de las Fuentes del Derecho se configuran hoy en día como uno de los principales problemas de los que se tiene que ocupar la Ciencia del Derecho.

En el lenguaje común es habitual considerar como un jurista preparado, o por lo menos como un buen práctico, a aquél provisto del mejor conocimiento de las fuentes del derecho, es decir informado en el más completo de los modos acerca de los hechos o los actos a los cuales el ordenamiento jurídico del Estado atribuye el surgimiento, la modificación o la extinción de las normas jurídicas.

Es una cuestión que tradicionalmente preocupa a los juristas tanto en el ámbito teórico como práctico puesto que de su adecuada regulación depende, en gran medida, la forma de aplicación del Derecho.

No obstante lo dicho, el conocimiento de las fuentes no ha tenido hasta ahora una ubicación clara en la mente de los juristas. Es una cuestión que afecta a todos y a ninguno. Todos hablan de ellas y ninguno lo hace de forma cerrada y universalmente

válida para la Ciencia jurídica. Esta realidad es fácilmente constatable si atendemos a las enseñanzas que se imparten en las Facultades de Derecho.

El alumno que ingresa en ellas con la intención de convertirse en jurista, o en por lo menos abogado, tiene que escuchar el sistema de fuentes en casi todas las materias de las que le dan noticia a lo largo de los estudios. Las primeras lecciones de casi todos los programas se inician con el sistema de fuentes con independencia del nombre de la materia misma.

En algunos de esos casos, el resultado de lo explicado es prácticamente el mismo. Es decir se ofrece al discente una teoría de fuentes más o menos estereotipada coincidente generalmente con el derecho civil del país. Se habla de fuentes formales y materiales y con poco margen de variación, se expone la ley, las costumbres, los principios generales del derecho, la jurisprudencia, y otras fuentes de importancia más o menos grande -dependiendo de la filosofía jurídica que profese la persona que expone la teoría-, como el derecho natural, la ley natural, la equidad, etc.

En otros, los menos, el profesor trata de ofrecer algo más, algo distinto. Una visión que se aparte de lo tradicional y que sin desconocerlo apunte, tímidamente, la idea de que existen otras fuentes que varían según la disciplina jurídica de la que se esté tratando en ese momento.

Este fue el método usado por el Dr. Luis Rateni, en el cursado de las asignaturas Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho, despertando la curiosidad que me indujo a realizar el trabajo final sobre este tema.

Así se ofrece un sistema de fuentes que se aleja de lo general, pero normalmente poco, y muestra las peculiaridades de las fuentes concretas en función de los intereses de quienes las invocan. Nunca será igual el concepto de fuentes y el valor que le otorga a las mismas un civilista, o un penalista, que una persona que se ocupa del derecho administrativo, o de la filosofía jurídica.

A lo largo de este trabajo, intentamos profundizar en uno de los institutos del Derecho a nuestro juicio, de los más importantes y de los menos analizados. Tal es así que cuando lo estudiamos fue siempre tratado como un tema más, como una enunciación de cuales eran y como se usaban; pero nunca habían sido enseñadas hasta ahora desde el punto de vista de la funcionalidad, de entender un país a través de sus fuentes del derecho, de su peligrosidad, de las consecuencias de la adopción de una u otra fuente del derecho.

La exposición de la teoría de las fuentes del Derecho realizada con los parámetros hasta ahora comentados, no me parece estéril. Todo lo contrario, es necesaria. Pero también es insuficiente. Buena prueba de ello la proporciona el conocimiento empírico que cada jurista tiene de cómo aprendió, en sus estudios de grado.

La diferencia entre un docente comprometido o no, es la clave. Como se dice en Educación: Enseñar es tocar una vida para siempre.

La idea que quiero defender en este trabajo se centra en la debilidad de la ley como principal fuente del Derecho. Se centra en que existe un caos legislativo, una saturación normativa, un exceso de legislación. Se centra en que los juzgadores deben buscar el espíritu de la norma o de las normas recurriendo a los Principios Generales del Derecho. Se centra en que los tribunales cada vez tienen más protagonismo al fallar, aplicando el puré de normas al caso concreto. Repitémoslo: el puré de normas al caso concreto. Caso concreto que puede ser la libertad, el patrimonio o hasta la salud de una persona. No solo la persona del Código Civil: ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Persona en su integridad, en su integridad sico-físico-socio-cultural. Este es el valor de las fuentes del Derecho, no es una mera disquisición teórica, es la libertad, el patrimonio o la salud de las personas juzgadas.

Por ello las fuentes del Derecho son y deben ser plurales. La reducción de las mismas a la ley ha fracasado. De modo que hoy se debe entender a mi juicio que si bien la ley sigue siendo necesaria como fuente creadora del derecho, ésta no puede acumular a todas las demás.

Es por ello que debemos pensar y blanquear el estado actual de las fuentes del derecho. Fuentes del Derecho entendido según este blanqueamiento, con un tinte podríamos llamar realista, como aquel dato objetivo del que se sirve el juzgador para justificar su sentencia.

Las fuentes del ordenamiento jurídico no deben cerrarse. No se les debe poner límites imaginarios que entorpecen la adecuada realización de la función de las mismas. El ordenamiento jurídico tiene y debe tener muchas fuentes.

Es como se dice un río, como un manantial del que se puede beber en cualquier lugar y momento en que se precise, cuando se tenga sed, si bien la cantidad y calidad del agua no sea la misma en cada circunstancia

El ordenamiento jurídico se alimenta de distintas fuentes porque se forma a través de distintas realidades en tanto en cuanto tiene que cubrir y dar respuesta a muchas necesidades.

Los países no pueden mantenerse, alegando su soberanía, alejados de la realidad y de las alianzas con otros. Los ciudadanos, aún conservando sus raíces y sus culturas, son cada vez más ciudadanos del mundo, y no únicamente ciudadanos del país en el que han nacido. La ley no puede ser la única fuente de expresión de lo jurídico.

El derecho continental forjado después de la Revolución Francesa decididamente restringe los márgenes de creación jurídica del juez, y una técnica fundamental que sirvió a ese propósito fue precisar con exactitud las fuentes del derecho. Primero fue simplemente la ley; luego se amplió el cuadro con algún tipo de costumbre jurídica; y

finalmente en el siglo pasado se completó el listado con la jurisprudencia y los principios generales del derecho.

Una mirada realista a nuestro derecho actual nos permite comprobar fácilmente que aquella teoría tradicional de las fuentes del derecho deja sin respuesta o no asume: a la Constitución como fuente peculiar; a la jurisprudencia constitucional capaz de invalidar a la ley; a los fallos plenarios con alcance general; a los convenios colectivos de trabajo; a los principios generales del derecho.

Está claro que el mundo ha cambiado.

El proceso de Nuremberg implica un reconocimiento explícito de los principios generales del derecho y en consecuencia, tiende a desaparecer la contraposición nítida que el positivismo jurídico intentaba mantener entre el derecho positivo legalista y estatal y el derecho natural. El centro de gravedad va desplazándose lentamente desde el sistema codificado a una casuística judicial orientada según principios, dice Vigo.

No es fácil contestar a la pregunta de cuáles son estos principios. Parece que estamos ante una figura escurridiza que es usualmente invocada pero nadie es capaz de definir, ni clasificar, ni siquiera identificar.

Aún sin atreverse a dar una respuesta exhaustiva es posible añadir a los tres que constituían los *tria iura precepta* (a saber vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo) del Derecho Romano otros, como el respeto por la dignidad de los seres humanos, el respeto por la persona, el deber de indemnizar los daños culposamente causados, el deber de restituir el enriquecimiento injusto o el ejercicio de los derechos según su función social, por citar algunos a modo de ejemplo

A pesar de las dificultades que tanto la definición como la determinación de los principios generales del derecho plantean, es indudable a estas alturas que éstos deben ser admitidos como fuente del Derecho con una triple función: a) fuente subsidiaria en defecto de ley y costumbre, b) elementos de carácter informador que ayudan

sobremano a la función interpretativa de la norma jurídica y c) fundamento de todo el ordenamiento jurídico. Por lo tanto un ordenamiento jurídico que no se contente con tener validez formal sino que además quiera tenerla axiológica y que pretenda además ser eficaz y estable en el tiempo, no se debe mostrar insensible frente a ellos.

Entender el sistema actual de fuentes nos permite, por un lado comprender el mundo jurídico en el que vivimos y por el otro, poder ejercer y tutelar fielmente los intereses de nuestros clientes y mandantes, que es sino el fin último del ejercicio liberal de la Abogacía; podría decirse disintiendo con esto que no todos los que intervienen en el mundo del Derecho lo ejercen en forma liberal, bueno, ellos serán los investigadores y docentes o los jueces, a ellos también les sirve conocer el sistema de fuentes, a los primeros para saber donde están parados, para conocer qué se ha dicho y para saber qué decir y a los segundos para que sus sentencias se condigan con la realidad social, y por ende no sean atacadas por arbitrarias o inconstitucionales.

El Congreso ha dejado de ser el único poder legislativo. La realidad impone alianzas y modos distintos de producción del derecho que han pasado a ocupar el lugar sacrosanto que antes se le otorgaba a la ley. La realidad se ha impuesto de nuevo y el Derecho debe dar respuesta legal a lo sucedido. Si no lo consigue se convertiría únicamente en un adorno social, y como tal, prescindible por parte de ésta.

Una vez finalizado este estudio creo que es posible concluir afirmando de nuevo la importancia de la concepción plural del Derecho en todos sus ámbitos y también en el de las fuentes del mismo.

Los sistemas jurídicos, los ordenamientos jurídicos de los países, las filosofías jurídico-científicas de los jurisprudentes, en suma cualquier manifestación del Derecho es plural y así debe ser pues es reflejo el sentir de la sociedad.

Por eso, las fuentes del Derecho son y deben ser plurales. La reducción de todas ellas a la ley y por ende a la estatal, está condenada al fracaso. La ley es necesaria pero

no puede acumular dentro de sí todas las demás fuentes. Si lo hiciera sería injusta por contradecir la naturaleza de las cosas.

Pretender encerrar el agua en unos cauces artificiales y opresores es ficticio y aunque en un momento dado pueda ser necesario termina revelándose por la fuerza de la evidencia. De la misma manera pretender acotar el Derecho y sus fuentes obviando la realidad en las que éstas se insertan es la mejor garantía de elaboración de un Derecho falso y por lo tanto ineficaz.

Cualquier jurista que lo haga será responsable de haber fallado en el cumplimiento del mandato que la sociedad le ha hecho. Y ésta, soberana, podrá legítimamente retirarle el poder concedido.

- ¹ Dolina, Alejandro Crónicas del Angel Gris 6º Edición Editorial Planeta
- ² Borda, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil Parte General Tomo I 12º Edición actualizada Abeledo Perrot 1997 Buenos Aires
- ³ Rivera, Julio César Instituciones de Derecho Civil Parte General Tomo I 2º Edición actualizada Abeledo Perrot 1994 Buenos Aires
- ⁴ Rivera, Julio César *Ibíd*em
- ⁵ Nino, Carlos Santiago Introducción al análisis del derecho Ariel Barcelona 1996
- ⁶ Bobbio, Norberto Teoría general del derecho, traducción de Roza Acuña, Ed. Temis, Madrid 1997
- ⁷ Llambías, Jorge Joaquín Tratado de Derecho Civil Parte General Tomo I 19º Edición actualizada con las nuevas leyes por Raffo Benegas, Patricio Abeledo Perrot Buenos Aires
- ⁸ Exégesis (del griego ἑρμηνεία 'guiar hacia afuera') es un concepto que involucra una interpretación crítica y completa de un texto, especialmente de la Sagrada Escritura, como el Antiguo y el Nuevo Testamento de la Biblia, el Talmud, el Midrash, el Corán, etc. Un exégeta es un individuo que practica esta ciencia, y la forma adjetiva es exegético. A pesar de que la exégesis más ampliamente difundida es la que interpreta estos textos, se han analizado libros de otras religiones, e incluso libros no religiosos como los de Derecho, punto que nos interesa a nosotros.
- ⁹ Para profundizar el tema de las lagunas de la ley, véase Kelsen, Hans Teoría Pura del Derecho Ed. Eudeba
- ¹⁰ Gény, Françoise Método de Interpretación y fuentes en derecho privado positivo Madrid 1925 p. 228 citado por Llambías, Jorge Joaquín Tratado de Derecho Civil Parte General Tomo I 19º Edición actualizada con las nuevas leyes por Raffo Benegas, Patricio Abeledo Perrot Buenos Aires
- ¹¹ García De Enterría, Eduardo. La aplicación del Derecho en los sistemas políticos continentales, en VV.AA. *La Crisis del Derecho y sus alternativas*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid. Pág. 34.
- ¹² Montesquieu contrapone la libertad de la polis con la libertad fuera de la polis, es decir la libertad política con la libertad natural. Para él, la libertad natural es poder hacer aquello que la naturaleza no impida hacer, no hay más límite para el ejercicio de la libertad natural que las obligaciones y los impedimentos que ponga la naturaleza. A partir del concepto de libertad natural propone el de libertad política, que implica hacer todo aquello que la ley permite, por tanto, la libertad política es un concepto con un ámbito diferente, es aquello que se puede realizar en la organización social: "*ley, en general, es la razón humana en cuanto gobierna a todos los pueblos de la tierra; las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares a los que se aplica la razón humana*". Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes* Ed. Libertador Buenos Aires.
- ¹³ Rousseau, al plantear que la ley expresa el interés general considera que uno obedece a una ley que está ordenando lo que debe querer, lo que debe querer es el interés general, por tanto uno es libre cuando obedece a la ley porque está obediéndose a sí mismo: "*Lo que pierde el hombre por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo cuanto le tienta y que puede alcanzar; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo cuanto posee. (...) Según lo precedente, podría añadirse a la adquisición del estado civil la libertad moral, la única que hace al hombre auténticamente dueño de sí; porque el impulso del simple apetito es esclavitud, y la obediencia a la ley que uno se ha prescrito es libertad.*" Rousseau, Jean- Jacques. *Del Contrato Social* Ed Clásicos de Siempre Buenos Aires
- ¹⁴ Constant, Benjamín. Principios de política en *Escritos Políticos*. Trad. Mª Luisa Sánchez Mejía. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989
- ¹⁵ "Claro es que, aun sin consideración de su contenido, toda ley positiva lleva ya consigo un cierto valor: porque siempre será mejor que la total ausencia de leyes, al dar lugar al menos a la seguridad jurídica. Pero la seguridad jurídica no es el único, ni siquiera el valor decisivo que tiene que realizar el Derecho." Radbruch, Gustav. *Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes*. En *Derecho injusto y derecho nulo*. Trad. José Mª Rodríguez Paniagua. Aguilar. Madrid. 1971.
- ¹⁶ Kelsen, Hans Teoría Pura del Derecho Ed. Eudeba
- ¹⁷ Dentro de un escrito académico como el que nos ocupa, se denomina *Estado del Arte* a la base teórica sobre la que se basa el escrito, o la cual se rebate en el desarrollo posterior en el escrito y que forma parte introductoria del mismo.
- ¹⁸ Borda, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil Parte General Tomo I 12º Edición actualizada Abeledo Perrot 1997 Buenos Aires
- ¹⁹ Rivera, Julio Cesar Op. Cit.
- ²⁰ Maine, Henry Summer *El Derecho Antiguo* en Biblioteca Jurídica de Autores Contemporáneos Madrid Ed. Escuela Tipográfica del Hospicio
- ²¹ Borda, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil Parte General Tomo I 12º Edición actualizada Abeledo Perrot 1997 Buenos Aires
- ²² *Ibíd*em.

²³ Nótese el componente contextual y social de la costumbre, ya que en nuestra sociedad no generan derecho alguno, no así por ejemplo en la sociedad melanesia de las islas Trobriand, descripta por Bronislaw Malinowski donde el instituto de la reciprocidad es el más importante de todos, sancionando a la persona que no devuelve el regalo, por lo menos con uno de igual valor, excluyéndolo de la sociedad.

²⁴ Cueto Rúa, Julio El Common Law, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1957,

²⁵ Llambías, Jorge Joaquín Tratado de Derecho Civil Parte General Tomo I 19º Edición actualizada con las nuevas leyes por Raffo Benegas, Patricio Abeledo Perrot Buenos Aires

²⁶ Expuestos estos puntos por Rivera, Julio Cesar Instituciones de Derecho Civil Parte General Tomo I 2º Edición actualizada Abeledo Perrot 1994 Buenos Aires

²⁷ Rivera, Julio Cesar Op. Cit.

²⁸ Borda, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil Parte General Tomo I 12º Edición actualizada Abeledo Perrot 1997 Buenos Aires

²⁹ Arguello, Luis Rodolfo Manual de Derecho Romano: Historia e Instituciones Ed. Astrea, Buenos Aires 1991

³⁰ Rivera, Julio Cesar César Instituciones de Derecho Civil Parte General Tomo I 2º Edición actualizada Abeledo Perrot 1994 Buenos Aires

³¹ Albaladejo, Manuel Curso de derecho Civil citado por Rivera en Op. Cit.

³² Todos estos autores franceses son citados por Rivera, Julio Cesar en Op. Cit.

³³ Cueto Rúa, Julio El Common Law, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1957

³⁴ Kelsen, Hans Teoría General del Estado Editorial Nacional 1989 Buenos Aires

³⁵ Borda, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil Parte General Tomo I 12º Edición actualizada Abeledo Perrot 1997 Buenos Aires

³⁶ Fallos: “González, Feliciano c/ Microómnibus General San Martín S.A.C. s/ Quiebra” 2005. Ver en ANEXO

³⁷ Citado por Borda en Op. Cit.

³⁸ Fallos: C.S.N., 15/12/1949, L.L., t. 57, p. 335; 28/5/1956, L.L., t. 83, p. 360; 20/8/1948, L.L., t. 55 p. 186

³⁹ Ley 13.998 Art. 28. Disponible en Internet www.infoleg.gov.ar y en nuestra provincia de Santa Fe: Ley 10.160 Ley Orgánica del Poder Judicial Arts. 28 y 29 al referirse a la obligatoriedad de los fallos plenos y plenarios

⁴⁰ Arrayagaray, Carlos Las Sentencias Obligatorias Buenos Aires 1950 citado por Borda, Guillermo en Op. Cit.

⁴¹ Escalante, Gabriel durante el dictado de clases de Pasantía C en UAI Derecho Rosario, cursado por el suscribiente año 2007

⁴² Spota, Castán Tobeñas, Jossierand, Eneccerus-Kipp-Wolf, Castro y Bravo todos citados por Borda, Guillermo en Op. Cit.

⁴³ Vigo, Rodolfo Luis (h) Perspectivas Iusfilosoficas Contemporáneas Abeledo Perrot 2da Ed. Buenos Aires 2006

⁴⁴ 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 haber duda alguna de que la jurisprudencia es una fuente material.

⁴⁵ En el fallo Devoto la Corte Nacional impuso al Estado resarcir los daños ocasionados por el incendio de un campo provocado por la negligencia de dos empleados del telégrafo. Allí la Corte sostuvo que en virtud del artículo 1113, correspondía responsabilizar al Estado por los actos ilícitos –en el caso se trató de actos negligentes– de sus dependientes. Nuestro Código Civil, desde su entrada en vigencia en 1871, y antes de la reforma que introdujo la ley 17.711, carecía de norma alguna de la que pudiera derivarse la responsabilidad del Estado por sus actos o hechos ilícitos. La responsabilidad del Estado carecía en nuestro ordenamiento jurídico de un fundamento normativo propio en tanto no existía una norma que la impusiera. Regía en aquel tiempo el artículo 43 CC que impedía responsabilizar a las personas jurídicas por los delitos y cuasidelitos de sus empleados. Este artículo decía así: “no se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”. En relación al elemento literal de la interpretación, la norma no presentaba dificultades. Excluía claramente a las personas jurídicas por los delitos y cuasidelitos de sus empleados. Asimismo, atendiendo al elemento histórico de la interpretación, y sobre todo en el caso particular del Estado como persona jurídica, cabe resaltar que la voluntad auténtica de Vélez Sarsfield fue la de impedir que el Estado pudiera ser demandado por su actividad extracontractual ilegítima, La nota al antiguo artículo 43 del Código Civil expresa: “...los casos que se citan de justos castigos a ciudades, municipalidades, etc., han sido o actos del derecho de la guerra, o medidas políticas, que nunca se hubieran sancionado por el Poder

Judicial, pues en ellas siempre resultaban castigados muchos inocentes...”. Del resto de la nota se deriva que Vélez sostenía que al ser la voluntad de las personas jurídicas una ficción no corresponde imputarles el dolo o la culpa de sus empleados o administradores. Y tampoco podría dudarse del significado de la norma atendiendo al elemento sistemático de la interpretación. La responsabilidad en el derecho común era entonces esencialmente subjetiva; se fundaba tradicionalmente en el principio de la culpa y de la imputabilidad y, además, en el daño jurídico. Se trataba de hallar al culpable, porque sólo él debía resarcir. El derecho de daños se miraba en aquella época sobre todo desde la óptica del autor del daño, era necesario probar la culpa del dañador. Así en el caso del Estado, al igual que en las demás personas jurídicas, siendo la voluntad una ficción legal, no hay posibilidad que concurren la culpa o el dolo que justifican la imputación de responsabilidad. Esto variará en nuestro ordenamiento jurídico con la reforma de la ley 17.711 que introducirá el esquema de la responsabilidad objetiva; y el derecho de daños será visto desde la víctima, sin preguntarse tanto quien es el autor del hecho dañoso sino quien debe soportar el daño. Todo ello basado en razones de solidaridad social y justicia distributiva. De la sola *interpretación* no podía entonces concluirse, como lo hizo la Corte en el caso Devoto, que el Estado debía indemnizar los daños ocasionados por sus dependientes en ejercicio o en ocasión de sus funciones. En verdad creemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente Devoto, consideró disvalioso hacer aplicación del artículo 43 del Código Civil y eximir de responsabilidad al Estado Nacional por los daños ocasionados por dos empleados al producir el incendio del campo. Es decir, que la solución legal era injusta porque obligaba a los propietarios del campo incendiado a cargar con el perjuicio.

⁴⁶ Cueto Rúa, Julio El Common Law, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1957

⁴⁷ Llambías, Jorge Joaquín Tratado de Derecho Civil Parte General Tomo I 19º Edición actualizada con las nuevas leyes por Raffo Benegas, Patricio Abeledo Perrot Buenos Aires

⁴⁸ Gordillo, Agustín El método en Derecho 1ra Ed. 1988 4ta reimpresión Madrid 2001 versión web en www.gordillo.com

⁴⁹ Cueto Rúa, Julio El Common Law, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1957

⁵⁰ Vigo, Rodolfo Luis (h) Perspectivas Iusfilosoficas Contemporáneas Abeledo Perrot 2da Ed. Buenos Aires 2006

⁵¹ Lambert, *Le gouvernement des juges*, Paris, 1920 citado por Llambías, Jorge Joaquín Tratado de Derecho Civil Parte General Tomo I 19º Edición actualizada con las nuevas leyes por Raffo Benegas, Patricio Abeledo Perrot Buenos Aires

⁵² Aristóteles, Retórica Ed. Libertador Buenos Aires 2005

⁵³ Disponible en www.biblioteca.jus.gov.ar/códigos-engeneral.html

⁵⁴ Lambert, citado por Rivera, Julio Cesar en Op. Cit.

⁵⁵ Citado por Vigo, Rodolfo Luis (h) Perspectivas Iusfilosoficas Contemporáneas Abeledo Perrot 2da Ed. Buenos Aires 2006

⁵⁶ Aristóteles, Retórica Ed. Libertador Buenos Aires 2005

⁵⁷ Arguello, Luis Rodolfo Manual de Derecho Romano: Historia e Instituciones Ed. Astrea, Buenos Aires 1991

⁵⁸ Smith, Juan Carlos El desarrollo de las concepciones jusfilosoficas 3ra Ed. Actualizada Abeledo Perrot Buenos Aires

⁵⁹ Voto de la doctora Mariani, en minoría, Tribunal del Trabajo N° 3 de La Plata, 24/3/95, "in re" "Aquilano, Floro D. c. Policía de la Provincia de Buenos Aires", en DT, 1996-A, 66.

⁶⁰ Citado por Hermann Petzold-Pernía en Sobre la naturaleza de los principios generales del derecho. Aparecido en Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 24 Ed. Abeledo Perrot 2004 Buenos Aires

⁶¹ Nino, Carlos Santiago Op. Cit.

⁶² SCBA, 27/2/79, "Metal-Sur, S. C. c. Gurmendi, S. A.", LA LEY, 1980-D, 767 (35.723-S) y DJBA, 116-399.

⁶³ Citado por Smith, Juan Carlos El desarrollo de las concepciones jusfilosoficas 3ra Ed. Actualizada Abeledo Perrot Buenos Aires

⁶⁴ CNCiv. Sala E, 24/5/79, in re "Saulo y hacendados SA c/ Gulizia Miguel y otro", ED. 84-167

⁶⁵ Nino, Carlos Santiago Introducción al análisis del derecho Ariel Barcelona 1996

⁶⁶ Citado por Smith, Juan Carlos en Op. Cit.

⁶⁷ De Castro y Bravo, Federico, Derecho Civil de España Parte General Madrid, 1948

⁶⁸ Shakespeare, William Hamlet El "ser o no ser" con que arranca el monologo pronunciado por el espíritu atormentado del príncipe Hamlet de Dinamarca, simboliza mejor que ninguna otra circunstancia la esencia de lo que se denomina "shakesperiano".

⁶⁹ García Martínez, Roberto La responsabilidad del Estado y los principios generales del derecho LA LEY, 1986-B

-
- ⁷⁰ De Castro y Bravo, Federico, Derecho Civil de España Parte General Madrid, 1948 citado por Rivera Op. Cit.
- ⁷¹ García Martínez, Roberto Op. Cit.
- ⁷² Wieacker, Franz, El principio general de la buena fe, traducido por Luis Diez Picazo, Ed. Cívitas, 2ª ed. Madrid, 1986 y citado por Smith, Juan Carlos El desarrollo de las concepciones jusfilosóficas 3ra Ed. Actualizada Abeledo Perrot Buenos Aires
- ⁷³ García de Enterría, Eduardo, Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho Madrid
- ⁷⁴ Nino, Carlos Santiago Introducción al análisis del derecho Ariel Barcelona 1996
- ⁷⁵ La última de las causales no mencionada por el ordenamiento civil, pero agregada por el suscribiente.
- ⁷⁶ Nino, Carlos Santiago Introducción al análisis del derecho Ariel Barcelona 1996
- ⁷⁷ Rateni, Luis Gewalt y Derecho
- ⁷⁸ *Ibidem*.
- ⁷⁹ Kant, Immanuel La Metafísica de las Costumbres citado por Hermann Petzold-Pernía en Sobre la naturaleza de los principios generales del derecho. Aparecido en Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 24 Ed. Abeledo Perrot 2004 Buenos Aires
- ⁸⁰ Vigo, Rodolfo Luis (h) Perspectivas Jusfilosóficas Contemporáneas Abeledo Perrot 2da Ed. Buenos Aires 2006
- ⁸¹ Nino, Carlos Santiago Introducción al análisis del derecho Ariel Barcelona 1996
- ⁸² Bobbio, Norberto Teoría general del derecho, traducción de Rozo Acuña, Ed. Temis, Madrid 1997
- ⁸³ Arguello, Luis Rodolfo Manual de Derecho Romano: Historia e Instituciones Ed. Astrea, Buenos Aires 1991
- ⁸⁴ Kant, Immanuel La Metafísica de las Costumbres citado por Hermann Petzold-Pernía en Sobre la naturaleza de los principios generales del derecho. Aparecido en Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 24 Ed. Abeledo Perrot 2004 Buenos Aires
- ⁸⁵ Explicación de entelequia de Ferrater Mora, Diccionario de Filosofía disponible en www.ferratermora.org
- ⁸⁶ Vigo, Rodolfo Luis (h) en Op. Cit.
- ⁸⁷ Nombrado por Platón en uno de sus últimos diálogos, cuando ya este último se había alejado de las enseñanzas de su maestro Sócrates. Citado por Ross en Vigo, Rodolfo Luis (h) en Op. Cit.
- ⁸⁸ Nino, Carlos Santiago Op. Cit.

(confirmado por la SCJBA, Fuente: Editorial La Ley)

CONCURSOS. Fallida deudora de indemnización por daños producidos en accidente de tránsito. Edad avanzada de la víctima. Pronto pago en razón de la edad: Procedencia. Acuerdo homologado. DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA. Inaplicabilidad del acuerdo preventivo cuando compromete el derecho a la vida

Causa 95754 Reg. 288 - "Gonzalez Feliciano c/ Microomnibus Gral. San Martín s/ incte. Verificación tardía" - CAMARA PRIMERA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN ISIDRO (Buenos Aires) - SALA I - 18/05/2004

En la ciudad de San Isidro, provincia de Buenos, a los 18 días del mes de mayo del año dos mil cuatro, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro, Dres. Roland ARAZI, Graciela MEDINA y María Carmen CABRERA de CARRANZA, para dictar sentencia interlocutoria en el juicio "GONZALEZ, Feliciano c/ MICROOMNIBUS GENERAL SAN MARTIN s/ incte. verificación tardía" y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial)), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. MEDINA, CABRERA de CARRANZA y ARAZI, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

CUESTIÓN

¿Debe confirmarse la resolución apelada?

VOTACIÓN

A LA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA JUEZA DRA. MEDINA DIJO:

-I-

1. Se alza a fs. 41 (I) la concursada contra lo resuelto a fs. 33/39 por el señor Juez de grado anterior;; recurso que se le otorga a fs. 42. El memorial corre a fs. 46/62 y corrido traslado del mismo a la parte apelada por auto de fs. 63, la incidentista lo contesta a fs. 64/65vta.//-

2. La empresa concursada se agravia porque el Juzgador hizo lugar a lo pedido por GONZALEZ ordenando el pago de \$34.548 en 24 cuotas, cancelación esta -dice- que resulta improcedente por no tratarse de un crédito laboral y contrariar la novación y cosa juzgada que emanan de la homologación brindada al acuerdo oportunamente ofrecido por la concursada en los autos principales. Cuestiona asimismo la imposición de costas.- Por motivos de claridad considero oportuno hacer un relato de los antecedentes del caso.-

A) Antecedentes fácticos.-

3. Feliciano GONZALEZ sufrió un accidente en Junio de 1992 mientras viajaba en un colectivo de la empresa de transporte "MICROOMNIBUS GENERAL SAN MARTIN, S.C.A."

4. Al momento del evento dañoso la víctima tenía 65 años y sufrió lesiones que le produjeron una disminución del 40% de su capacidad funcional; entre otros padecimientos sufrió una quebradura de cadera y una operación de artroplastía parcial con prótesis de Thompson y a consecuencia de ellos requiere tratamientos médicos y psicológicos.-

5. En octubre de 1998 la Señora GONZALEZ obtuvo sentencia de primera instancia que, 6 años después del hecho le reconoce su derecho a ser indemnizada. (ver fs. 339/347 del expediente "González Feliciano c/ Microómnibus General San Martín s/daños y perjuicios" que tengo a la vista en tres cuerpos)

6. El 10 de diciembre del año 2001 se dictó sentencia de segunda instancia en dicha causa y tras -casi- diez años de litigio la actora vió firme el reconocimiento de su derecho a la indemnización. (idem, fs. 426/27).-

7. Pero entre el pronunciamiento de primera y el de segunda instancia, con fecha 2 de Febrero de 1999 "MICROOMNIBUS GENERAL SAN MARTIN, S.A.C." se presentó en concurso preventivo y logró un acuerdo con sus acreedores que fue homologado en diciembre de 1999. El acuerdo consistió en una quita del 40 % y un pago en 18 cuotas anuales venciendo la primera el 30 de diciembre del año 2002 (fs. 4804/4806, cuerpo XVI del concurso que en este acto tengo a la vista)

8. Ante el concursamiento del obligado al pago la Señora GONZALEZ se presenta ante el concurso de la compañía de transporte, realiza un incidente de verificación tardía en el año 2003 y se le verifica su acreencia por la suma de / / / / \$ 86.371 como quirografaria.-

9. La víctima solicita al juez del concurso que se le realice un pronto pago en razón de su edad. Y el "a-quo" valorando la edad de la peticionante quien hoy tiene 78 años; que ha sido víctima de un daño que le produce un 40% de incapacidad y que de estar al acuerdo homologado recién dentro de 17 años podría cobrar el 60% de la indemnización por incapacidad, decide un adelantamiento del pago, basado en las normas constitucionales y supraconstitucionales que obligan el respeto a la salud y al derecho a la propiedad de valor superior.-

10. Interpreta el magistrado de la instancia anterior que el pedido tiene basamento en las prerrogativas constitucionales a la salud e integridad física y a la vida, las cuales encuentran expreso reconocimiento en los arts. 14 y 75, inc. 22° de la Constitución Nacional.-

11. Además señala el sentenciante de primera instancia que someter el crédito de Feliciano González que cuenta con 77 años a la espera del acuerdo homologado,

importaría afectar el derecho de propiedad amparado por el art. 17 de la Carta magna, porque al finalizar la espera tendría 96 años y por la expectativa de vida promedio la espera traería como consecuencia la no () percepción del crédito.-

12. Este es el pronunciamiento apelado por el apoderado de la concursada, quien señala que el adelantamiento del pago a uno de los acreedores quirografarios no está contemplado legalmente y que por tanto carece de fundamento jurídico.-

B) Premisas.-

13. Para resolver el presente expediente he de partir de las siguientes premisas.- a) Este tribunal se encuentra ante un caso excepcional y límite.- b) La concursada ha lesionado a la actora en su salud, e integridad física, hace más de doce años y de serle oponible el acuerdo que esta firmó con todos sus acreedores solo dentro 17 años la víctima podría cobrar completamente el 40% de su acreencia, para lo cual debería vivir hasta los 96 años.- c) Atento a la edad de la mujer a quien se le menguó el 40 % de su capacidad, de estarse a los términos del acuerdo jamás podría cobrar su acreencia, ni acceder a los tratamientos médicos adecuados.- d) Está en juego el derecho a la salud y el derecho a la propiedad de la víctima de clara raigambre constitucional, frente al no menos claro derecho a la autonomía de la voluntad y al concurso preventivo del deudor y de los acreedores.- e) Para solucionar el conflicto resulta ineludible tener en cuenta la jerarquía de los derechos constitucionales violados.-

14. Partiendo de estas premisas me abocaré al tratamiento de los agravios que básicamente consisten en que al adelantar el pago a la señora GONZALEZ se ha violado la *pars conditio creditorum* y que el juez se ha apartado del acuerdo homologado sin ninguna base normativa.-

C) Principio de igualdad de los acreedores. Como principio de derecho común no absoluto.-

15. Resulta indiscutible que la materia concursal se halla regida por un principio fundamental cual es el de la igualdad de los acreedores (par conditio creditorum). En virtud del cual y por regla general, todos los acreedores han de soportar igualitariamente el efecto del acuerdo preventivo o resolutorio homologado, dando las mismas quitas, esperas u otras estipulaciones al deudor común.-

16. En realidad el principio de igualdad de los acreedores no es exclusivo del Derecho concursal sino que constituye un principio de Derecho común que impone al deudor tratar igualitariamente a sus acreedores; de allí que la violación del principio de igualdad pueda hacer viable la acción pauliana tendiente a declarar ineficaces actos que perjudican a los acreedores por violación del principio de igualdad

17. El principio de igualdad de los acreedores (par conditio creditorum), no es absoluto, pues ciertos acreedores están excluidos de su efecto nivelador; son aquellos cuyos créditos están munidos de privilegio, entendido este concepto en su sentido más amplio, o sea comprendiendo en sí al derecho dado por la ley a ciertos créditos para ser satisfechos con preferencia frente a otros (art. 3875, Cód. Civ.), y al complejo de ventajas que emana de los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda, etc.).-

18. Es importante a los fines de la solución de este conflicto enfatizar que el principio de la "par conditio creditorum" no es absoluto; por el contrario reconoce numerosas excepciones fundadas en la valoración que desde el punto de vista social y económico se hace de ciertas acreencias.-

19. Por ello la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en el caso "Barbarella", en el que se debatió la constitucionalidad del recaudo establecido por el hoy desaparecido inciso 8° del artículo 11 para la apertura del concurso preventivo (acompañar la documentación que acredite el pago de las remuneraciones y obligaciones emanadas de leyes sociales), el Alto Tribunal dijo: "El principio "concursal de la par conditio creditorum no "implica necesariamente una mera proporción "matemática calculada sobre las

relaciones "conmutativas previas al estado concursal sino un "criterio orientador del reparto basado en una "justa distribución de bienes; en ello ha de "reconocerse amplitud de acción a la prudencia "legislativa, habida cuenta de que depende un "conjunto de factores que pueden insinuar "distintas soluciones posibles, o incluso variar "de acuerdo a circunstancias sociales o económicas..."

20. La no absolutez del principio de igualdad de los acreedores se manifiesta en la posibilidad que otorga el régimen falencial de categorizar a los mismos. Para darles un distinto tratamiento.-

21. Es que como señala RIVERA "...La "categorización de los acreedores no significa "violar la igualdad de los acreedores sino por el "contrario evitar tratar igual a quienes son "desiguales, pues es obvio que no puede hacerse la "misma oferta a la librería a la que se le deben \$ "200 que a un banco al que se le deben \$ "1.000.000. Esta igualdad absoluta que pretendía "la ley 19.551 era absurda, se violaba "permanentemente y obligaba a realizar acuerdos a espaldas del tribunal y de los demás acreedores (RIVERA, Julio Cesar "Instituciones de Derecho Concursal" T I, p. , Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2003).-

D) El principio de igualdad de los acreedores ¿Puede ser dejado de lado por el juez?-

22. Tengo para mí que si bien el principio de igualdad de los acreedores no es absoluto, las excepciones al mismo han sido previstas por el legislador y no son facultativas del juez.-

23. Entiendo que si bien el juez está obligado a aplicar el acuerdo en forma igualitaria a los acreedores, también se encuentra obligado a aplicar la constitución, e impedir su violación

24. En el presente el convenio al que llegó el concursado con sus acreedores es ley para las partes, pero esta ley es inconstitucional para la víctima del accidente de tránsito ya que atenta contra su derecho a la vida, al someterla un acuerdo que se terminará de

cumplir dentro de 17 años, cuando la víctima tiene hoy 78 años, y lo que reclama es el resarcimiento a su integridad física, y moral y lo necesario para realizar tratamientos, que se transformarían en un crédito para sus herederos de aplicarse a ultranza el principio de igualdad de los acreedores.-

25. Por las razones antes expuestas el juez no podía obligar a la víctima a recibir el pago en 18 cuotas anuales y optó por un adelantamiento del pago, en una actitud que considero, correcta, prudente y jurídicamente acertada.-

26. Puede decirse que si el juez advirtió esta situación no debió homologar el acuerdo. Entiendo que ello no es así porque se trata de un acreedor posterior a la fecha en que se homologó el acuerdo que no era conocido en tal momento.-

E) Inaplicabilidad del acuerdo preventivo cuando compromete el derecho a la vida.-

27. Inaplicabilidad del principio de igualdad frente a los acreedores cuando la modalidad adoptada compromete el derecho a la vida de un acreedor mientras que a los demás sólo les menoscaba el derecho de propiedad.-

28. Estimo que el derecho de propiedad puede sufrir limitaciones, y que la propiedad no es un derecho absoluto, en tal sentido considero que las "quitas y las esperas" que los acreedores deben soportar en los concursos no por limitativas son inconstitucionales. Estas quitas y esperas pueden producir un empobrecimiento de algunos acreedores, o una disminución de su propiedad, que entra dentro de los parámetros de lo razonable.-

29. Pero cuando los bienes materiales están necesariamente destinados a atender de modo urgente o inminente debilidades graves de la salud, o cuando las personas hayan llegado a una edad en que naturalmente se producen debilidades físicas, ya no es el derecho de propiedad el afectado sino, a través de éste, el de la vida misma, puesta en riesgo por aquellas circunstancias. En estos casos, entonces, las normas concursales no afectan equitativamente a sus destinatarios, ni a los acreedores puesto que mientras a unos los empobrece, a otros les pone en riesgo la vida.-

30. En este orden de ideas la sentencia que ordena adelantar el pago acordado teniendo en cuenta la edad de la víctima y el tipo de crédito que ejecuta no es arbitraria sino por el contrario es ajustada a derecho.-

F) El derecho a la salud y a la integridad física.-

31. El derecho a la salud es uno de los derechos humanos básicos que tiene el hombre por su condición de tal. Se encuentra contemplado indirectamente en los tratados de derechos humanos, en las recomendaciones de los organismos comunitarios y directamente en algunas constituciones y Códigos Civiles. A título de ejemplo mencionamos: - La Asamblea del Consejo de Europa, en su recomendación 779/76 recomendó a los Estados a la adopción de medidas tendientes a garantizar los derechos de los pacientes, en especial el de información - La Constitución de Brasil de 1998 en su artículo 196 Establece que "La salud es un derecho "de todos y un deber del Estado, que debe ser "garantizado por éste, sobre la base de un acceso universal y unitario".- - En igual sentido se orienta la Constitución de Perú de 1993 que específicamente dispone que "todos tienen derecho a la protección de su salud".-

32. Sin contar con una norma tan expresa como las establecidas en las Constituciones de México y Perú, los derechos a la salud y a la integridad física son objeto de reconocimiento en la Carta Magna Argentina, y en los diversos tratados a los cuales nuestro ordenamiento jurídico ha acordado jerarquía constitucional a partir de la reforma operada en el año 1994 (art. 75, numeral 22 de la CN).-

33. Por otra parte la salud como valor y derecho humano fundamental encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales en materia de Derechos Humanos, que ahora gozan de jerarquía constitucional (art. 75 numeral 22 de la Constitución reformada en el año 1994), a saber: Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, arts. 3 y 8; Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, art. 12 numeral 1 y 2 ap. D;

Convención Americana sobre derechos humanos, arts. 4 numeral a, 5 numeral 1 y 26; Convención sobre los derechos del niño, art. 24 inc. 2°. En suma, dentro de los derechos humanos fundamentales reconocidos en los diversos documentos que tienen aplicación en el ámbito interno del Estado Argentino, se encuentra el derecho a la salud física y mental. Es dable recordar la ya clásica definición del concepto de salud dada por la OMS, interpretando por tal no la simple ausencia de enfermedad, sino ya el "equilibrio físico-psíquico y emocional".-

34. En el preámbulo de la Organización Mundial de la Salud (OMS) se afirma que "el beneficio de gozar de elevados niveles de salud "es uno de los derechos fundamentales de cada ser "humano, sin distinción de raza, religión, credo político, condición social o económica" (Ver GIOVANNI BERLIGNER, *Ética de la Salud*, Edit. Lugar, Consejo de Médicos de la Pcia. de Córdoba, 1996, p. 31, citado por HOOFT, Pedro F., in re "Navas, Leandro v. Instituto de Obra Médico Asistencial", LL-1991-D-77 y E.D. 144-225).-

35. La violación de este derecho era históricamente apreciada mediante las agresiones físicas que causaban una lesión en el cuerpo, y que hoy en día, ha adquirido una nueva dimensión en su faz preventiva, relacionada con el derecho a la calidad y dignidad de vida (SAUX, Edgardo I., *Responsabilidad por transmisión de enfermedades*, en VV.AA *La responsabilidad*, ob. cit. n° 5, p. 629 y ss. Sobre los alcances y numerosos puntos de vista a partir de los cuales se ha intentado definir el concepto de "calidad de vida", ver *Quality of Life. The new medical dilemma*, Edited by James J. Walter y Thomas A. Shannon, Paulist Press, EEUU, 1990.)

36. La concursada ha violado la salud y la integridad física de la actora, quien a la hora de intentar cobrar su indemnización se encuentra con que el obligado al pago ha firmado con sus acreedores un acuerdo que la obliga, con el agregado que por sus modalidades le impide el acceso a la salud y como ya afirme compromete su vida.-

37. Por las características del presente caso el no adelantamiento del pago, que se debe ser completado en 18 años implica una negativa absoluta al derecho a la salud de la mujer de 78 años que resulta inadmisibles por un Tribunal de Derecho que no se puede desentender del resultado de la sentencia.-

38. La víctima tiene derecho a que se le indemnice su integridad y se le permita acceder al tratamiento, para quien sufre la minusvalía no es igual cobrar en unas 24 cuotas como estableció el juez a cobrar en 17 cuotas anuales o lo que es más posible que sus herederos cobren su minusvalía en cuotas pagaderas a su muerte.-

G) Los derechos humanos a la vida y a la salud. Limitaciones y desnaturalización.-

39. Como en el presente están en juego derechos humanos, cabe conceptualizarlos, ellos son por definición "aquellas facultades que los "sujetos adquieren no por el hecho de su "establecimiento por una norma estatal, sino en "virtud de un principio que trasciende al derecho positivo" (MASSINI CORREA, Carlos Ignacio El Derecho, los derechos humanos y el valor del Derecho, Abeledo - Perrot, Bs. As., 1987, p. 139). En definitiva "son todos aquellos derechos "subjctivos cuyo título radica en la personalidad "de su sujeto o en algunas de las dimensiones "básicas del desenvolvimiento de esa personalidad "y de los que se es titular, los reconozca o no el "ordenamiento jurídico y aun cuando éste los niegue" (MASSINI CORREA, Carlos Ignacio, / / / / "Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos", Abeledo Perrot, Bs. As., 1994, p. 140)

40. Es importante destacar que "Los "derechos consagrados en la Constitución nacional "no son absolutos, sino susceptibles de razonable "reglamentación de modo tal que su ejercicio puede "verse sujeto a las restricciones razonables que "determine el legislador, restricciones que "derivan de la protección de otros derechos "constitucionales o de otros bienes constitucionalmente protegidos" (CSJN, 5/7/96 "G.M. v.Estado Nacional", JA 1997-II-365).-

41. En definitiva, el derecho a la salud es susceptible de limitaciones y reglamentaciones como todo derecho humano, siempre que se respete la esencia del derecho (CSJN, mismo fallo citado en párrafo anterior).-

42. En el caso traído a resolución, la limitación que se le exige al derecho de la víctima en cuanto a su salud es tan grande que desnaturaliza el derecho hasta hacerlo inexistente, ello hace que no pueda obligársele a respetar los plazos en igualdad de condiciones que otros acreedores que sólo ven limitados derechos de contenido patrimonial.-

H) Los casos análogos.-

43. Cabe recordar en el tema de las personas ancianas en materia económica ha sido motivo de tratamiento especial por la legislación y la jurisprudencia. Así por ejemplo a partir de la ley 25561, en particular por la "Comunicación A" 3446 del B.C.R.A. del 24/01/02 se exceptúa a los mayores de 71 años de reprogramación de los depósitos bancarios.-

44. Por otra parte la ley 25587 que limitó las cautelares de los amparos por depósitos bancarios exceptuó a las personas de más de 75 años de esta limitación. La CSJN en múltiples precedentes ha resuelto inaplicables las leyes de limitaciones económicas a las personas ancianas cuando "resulte virtualmente imposible que "conforme al desenvolvimiento natural de los "hechos, lleguen a percibir la totalidad del "crédito que le reconoció el pronunciamiento judicial pasado en autoridad de cosa juzgada". (CSJN, "IHMETT, María c/ ARMADA ARGENTINA"). En igual sentido se ha expedido la SUPREMA CORTE de BUENOS AIRES en el caso "POMPEY, Juan Oscar c/ MUNICIPALIDAD de CORONEL PRINGLES s/indemnización por accidente de trabajo", 5/5/03. JUBA fallo L73744". En este último precedente la Corte Bonaerense no aceptó la propuesta de pago por la Municipalidad del Coronel Pringles con respaldo en los arts. 1, 2, 5, 7, 11, 15 de la ley 11756 porque de hacerlo, POMPEY finalizaría de

percibir el monto de condena a los 86 años. No resulta ocioso remarcar pese a ser un hecho público y notorio que, no obstante el invalorable avance de la ciencia producido en los últimos tiempos, el nivel de esperanza de vida medio de los argentinos es muy inferior al de dicha edad. Ello permite afirmar razonablemente que la aplicación del referido régimen de consolidación al crédito del demandante, atento su edad avanzada, importaría en los hechos no una modificación del modo de cumplimiento de la sentencia, sino lisa y llanamente el incumplimiento de la consecuencia jurídica en ella declarado.-

45. Los casos que vengo de enumerar han sido resueltos en supuestos en los cuales la limitación venía impuesta por el Estado, y no por un acuerdo entre particulares. No obstante lo cual considero que analógicamente deben aplicarse iguales principios, cuando como en el presente el acuerdo lesivo le es impuesto a la víctima y es para ella una ley. No advierto cómo cuando el estado restringe un derecho humano hasta hacerlo inexistente los jueces están obligados a preservarlo y cuando la lesión deviene de un concordato de acreedores, el juez deba mantenerse impávido ante la agresión al derecho a la vida de la víctima.-

46. Considero que cuando se limita por razones económicas un derecho humano básico hasta hacerlo inexistente o se contraria la esencia de ese derecho, el juez está obligado a declarar la inconstitucionalidad del acto lesivo sea que este provenga de una norma legislativa o de un acuerdo general concursal, y que el hecho que sea el mismo que homologa el acuerdo el que lo declara inoponible para el caso concreto no le resta eficacia a la resolución ya que como antes afirmé, al homologar ignoraba la existencia del acreedor tardío.- Por lo expuesto y en mérito a las disposiciones legales citadas voto por la AFIRMATIVA.-

A LA MISMA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DRA. CABRERA de CARRANZA,
DIJO:

1) El caso planteado.-

47. El interesante fallo recurrido y el no menos interesante voto de mi distinguida colega, la Dra. MEDINA, me enfrentan al dilema más difícil que deben responder los Jueces, y es la determinación de cómo y hasta que punto cabe apartarse de la aplicación estricta de una norma cuando ésta aparece injusta para solucionar el conflicto individual planteado en relación a principios de orden constitucional. En definitiva, como evadirse del aforismo romano "summum jus, summa injuria" sin, a la vez, caer en la arbitrariedad o perjudicar los derechos de terceros.-

48. Porque la ley a aplicar al caso de la Sra. GONZALEZ aparece prima facie como perfectamente clara. Nos encontramos en un trámite concursal, frente a un acuerdo homologado el 3 de diciembre de 1999 y el Sr. Juez de Primera Instancia ha dispuesto un adelantamiento del cumplimiento del mismo en atención a la situación personal de la acreedora.-

49. No cabe duda que no es el de autos un crédito sujeto al régimen de pronto pago (arts. 16 párrafo segundo y 246 de la ley 24.522) y los efectos del acuerdo homologado alcanzan a todos los acreedores cuyos créditos se hayan originado en causa anterior al concurso, incluso también a aquellos que obtuvieran tardíamente la verificación de su crédito y, respecto a estos últimos la única facultad que tiene el juez es la de resolver la forma en que se cumplirán a su respecto los pagos ya efectuados (art. 56 LC).-

50. Tampoco olvido que en la materia el principio rector es el de la igualdad de los acreedores. En tal sentido, el trato diferencial para los acreedores privilegiados (arts. 240 y 241 LC) no implica en realidad una excepción a esta regla que, en este caso concreto pueda compararse con la que ha pretendido la Sra. GONZALEZ, ya que no se trata acá de la naturaleza del crédito, que lo tornaría excepcional, sino de las circunstancias de la acreedora. En un sentido estricto, entonces, los agravios expresados

por la recurrente a fs. 46 exponen con toda claridad la normativa aplicable en el plano concursal.-

51. Por otra parte, tampoco puede, objetivamente ponerse en duda que en la situación de la acreedora GONZALEZ -que se ha analizado en el voto precedente- la aplicación estricta de la normativa referida resultaría objetivamente injusta en tanto vulneraría derechos de raigambre constitucional que constituyen el basamento de nuestro sistema jurídico porque hacen a la dignidad de la persona. Diferir para un plazo de diecisiete años la percepción del 60% de una indemnización por el daño ocasionado por la concursada y a la que la víctima llegó luego de once años de proceso, cuando cuenta 78 años de edad no puede legítimamente sino calificarse como una injusticia, máxime cuando esa demora -sin pronunciarme acerca del proceso de daños, lo que resulta ajeno a este recurso- podría quizás achacarse a la morosidad burocrática del sistema judicial del cual todos somos parte, recordando que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable (CSJN, 14 de junio de 2001, " ANDERLE, José c/ ADMINISTRACION NACIONAL de SEGURIDAD SOCIAL", JA. 2002-II, suplemento del fascículo n°6, Bs. As., 8/5/02, pag. 78).-

2) Aplicar la ley con un criterio de equidad.-

52. He sostenido que el Juez no cumple el papel de una boca a través de la cual habla la ley, el juicio implica una decisión y no una conclusión impersonal y necesaria hecha a partir de premisas indiscutidas, puesto que supone la intervención de una voluntad personal. Y para resolver la aplicación de los principios constitucionales que consagran el derecho a la vida y a la salud (arts. 14 y 75 inc., 22 de la CN) no puedo sino juzgar la cuestión a través del prisma de la equidad. En efecto, según la clásica definición, la equidad es aquella parte de la justicia legal que nos induce a la no aplicación de aquellas

normas que implican consagrar una injusticia grave y evidente (nota a los arts. 2567 a 2570 del Cód. Civ.).-

53. No desconozco que nuestro Superior Tribunal ha alertado a los Jueces estimando que les está prohibido juzgar de la equidad de la ley para separarse de ella (SCBA, Ac. 59.017 16/9/97, DJBA 153-325), pero ello no implica que no deba juzgar con equidad en los casos concretos sometidos a su decisión, cuando / /-como en el presente- se trata de resolver sobre la aplicación de normas de distinta jerarquía cuya aplicación llevará a soluciones diferentes.-

54. La equidad adquiere toda su importancia como criterio de interpretación ya que es el principio del cual está impregnada toda la reforma de la ley 17.711.-

55. Resulta interesante recordar que las leyes predeterminan qué debe considerarse justo o injusto, y que para su aplicación debe seguirse un camino deductivo, mientras que cuando se trata de resolver aplicando un criterio de equidad la solución se busca por un camino inductivo, puesto que se parte de la premisa que la aplicación de ley en forma estricta, sopesando las circunstancias del caso concreto, resulta a priori, injusta. Y lo que no puede soslayarse es la necesidad de satisfacer la necesidad de justicia en las relaciones humanas, así como también los requerimientos del orden social / / / / (PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O., "La jurisdicción de equidad o la vuelta del pretor", LL-1980-B-937; CNCiv., Sala "G", 8/7/809, ED 90-228).-

56. Nuestro derecho no es un sistema cerrado de reglas, pertenece al orden de la praxis y debe estar orientado al establecimiento del bien común. Y precisamente para conocer el contenido de este concepto es que el Juez debe recurrir en el caso concreto a su verificación según el mismo ha sido plasmado por las normas constitucionales.-

3) Arbitrariedad o afectación de los derechos de terceros.-

57. ¿Podría tildarse de arbitraria la decisión de no aplicar en este caso las estrictas normas del derecho concursal sino las prioritarias que defienden los derechos de la

persona que se verían conculcados con esa aplicación?. ¿Podría considerarse que este adelantamiento en el pago afecta los derechos de los restantes acreedores? Obviamente mi respuesta es negativa.-

58. La aplicación al caso de principios constitucionales se encuentra justificada por argumentos suficientes que la sustentan, y las razones de equidad por las que se la ha dispuesto son las mismas que se han tenido en cuenta en nuestro ordenamiento jurídico para disponer excepciones similares en casos de legislación previsional o las actuales leyes de emergencia que ha mencionado mi colega en el voto precedente (MORELLO, Augusto M., "La discrecionalidad judicial, límites y control en casación", ED 189-571;; CSJN, 9/9/80 "ANDRADA, Eduardo c/ MUNICIPALIDAD de la CIUDAD de BUENOS AIRES", Fallos 302-979).-

59. En cuanto a la posibilidad de que exista un perjuicio para los restantes acreedores en cuanto el adelantamiento del pago dispuesto pueda perjudicar el cumplimiento del acuerdo homologado, estimo que ello no es así. En primer lugar porque se ha mantenido respecto al crédito de la acreedora GONZALEZ la quita resultante del acuerdo homologado en el concurso y se la ha aplicado sobre el monto que ha aconsejado verificar el síndico, lo que torna al monto poco relevante en relación con la masa. Y además, porque el desembolso también se irá difiriendo en el tiempo, de modo que no afectará el desenvolvimiento de la concursada.-

60. En definitiva, rechazar la posibilidad de aplicar en autos los principios que establecen la prioridad del derecho a la vida y a la salud so pretexto de que ello contraría el estricto marco de la normativa concursal equivale, sin más, a resolver que existe en nuestro derecho un ámbito privativo para las relaciones económicas que se encuentra ajeno al orden constitucional.-

Por estas consideraciones y compartiendo en un todo los fundamentos dados en el voto precedente, voto también por la AFIRMATIVA.-

A la misma cuestión planteada y por los fundamentos dados por las Dras. MEDINA y CABRERA de CARRANZA, el Dr. ARAZI votó también por la AFIRMATIVA.-

Con lo que concluyó el Acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede y normativa citada, se confirma la resolución apelada, con costas de ambas instancias a cargo de la concursada (arts. 68 y 69, CPCC).-

Regístrese, notifíquese y devuélvase.//-

FDO.: MEDINA - CABRERA de CARRANZA - ARAZI

BIBLIOGRAFIA

a) **General**

AFTALION, Enrique J. Introducción al Derecho Edic. 11º, Edit. Praeter editora, Buenos Aires, Año 1997.

GOLDSCHMIDT, Werner Introducción Filosófica al Derecho, 6ª Edic Buenos Aires, Año 1988.

HEGEL, Jorge Guillermo Federico Filosofía del Derecho Ed. Libertador 3ª Edic Buenos Aires

SMITH, Juan Carlos El desarrollo de las Concepciones Jusfilosoficas Tercera Edicion Actualizada Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires Año 1994

VILANOVA, José Elementos de Filosofía del Derecho Segunda Edicion Actualizada Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1989

ZORRAQUIN BECU, Ricardo Introducción al Derecho Quinta Edicion Actualizada Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1992

b) **Especial**

ANUARIOS DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Edit. Abeledo Perrot Buenos Aires

DWORKIN, Ronald El Imperio de la Justicia Edit. Ariel Barcelona 1994

FINNIS, John Mitchell Ley Natural y Derecho Natural Edit. Gedisa Barcelona Año 1994

GENY, Françoise Métodos de Interpretación en Derecho Privado Positivo trad. De Luis Recasens Siches Edit. Themis Madrid 1997

HART, Herbert Lionel Adolphus El Concepto de Derecho trad. Genaro Carrió Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires

MILL, John Stuart Sobre la Libertad Edit. Alianza México 1984

NINO, Santiago Carlos Una introducción filosófica al Derecho Ed Ariel Barcelona Año 1996

INDICE

Capítulo I

LAS FUENTES DEL DERECHO

1.- Introducción.....	1
2.- Fuentes del Derecho en General.....	2
3.- Las Fuentes del Derecho en Particular.....	6
4.- La Ley.....	7
5.- La Costumbre.....	14
6.- La Jurisprudencia.....	18
7.- La Doctrina.....	20
8.- Los Principios Generales del Derecho.....	21

Capítulo II

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO

1.- La Jurisprudencia.....	24
2.- Su valor como fuente.....	25
3.- Fuerza vinculatoria de la Jurisprudencia.....	30
4.- Sentencias Obligatorias.....	34
5.- La Jurisprudencia y La Costumbre.....	35
6.- La Jurisprudencia en nuestro país.....	36
7.-La Jurisprudencia en el Common Law.....	38
8.- La argumentación jurídica.....	43
9.- El Derecho Viviente.....	49

Capítulo III

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

1.-Los Principios Generales del Derecho.....	54
2.-Importancia actual de estos Principios.....	60
3.-Clasificación de los Principios Generales del Derecho.....	61
4.-Esencia de los Principios Generales del Derecho.....	61
5.-Principios Generales del Derecho y Principios Jurídicos de Ordenamientos Particulares.....	64
6.-Funciones de los Principios Generales del Derecho.....	66
7.-Peligros de la utilización disfuncional de estos principios.....	69
8.-Requisitos de aplicación judicial de los Principios Generales del Derecho.....	73
9.- Principios del Derecho en particular.....	74

Capítulo IV

CONCLUSIONES.

1.- Aproximaciones a las Corrientes Jurídicas más destacadas.....	82
2.- El Iuspositivismo.....	82
3.- El Iusnaturalismo.....	87
4.- El realismo Jurídico.....	91
5.- Conclusiones.....	94

